

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

UNIDAD DE POST GRADO

**Irrenunciabilidad de derechos en materia laboral: su
vinculación al tema de la predictibilidad**

TESIS

Para Optar el Grado Académico de Doctor en Derecho

AUTOR

Edwin Vilmer Figueroa Gutarra

Lima-Perù

2009

INDICE

TITULO: IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS EN MATERIA LABORAL: SU VINCULACIÓN AL TEMA DE LA PREDICTIBILIDAD

| | Pág. |
|--|-------------|
| I. <u>INTRODUCCIÓN</u> | 7 |
| <u>CAPITULO 1</u> | 13 |
| <u>ASPECTO METODOLOGICO</u> | 13 |
| 1.1. El tema | 13 |
| 1.2. Planteamiento del problema | 13 |
| 1.2.1. Diagnóstico situacional | 13 |
| 1.2.2. Preguntas de investigación | 16 |
| 1.2.3. Objetivos de la investigación | 19 |
| 1.2.4. Justificación | 20 |
| 1.2.5. Delimitación | 21 |
| 1.3. Marco Teórico | 22 |
| 1.4. Hipótesis, variables e indicadores | 23 |
| 1.5. Tipo de investigación | 32 |
| 1.6. Diseño de Investigación | 33 |
| 1.7. Universo, selección de la muestra, unidad de análisis | 35 |
| 1.8. Técnicas e Instrumentos de recolección de datos. Contrastación de hipótesis | 37 |
| 1.9. Contrastación de hipótesis | 37 |
| 1.10. Ordenamiento y análisis de datos | 37 |
| 1.11. Informe Final: Aportes de investigación a la doctrina, legislación, anteproyecto de ley | 38 |

| | |
|--|--------|
| 1.12. Conclusiones y Recomendaciones | 41 |
| 1.13. Bibliografía | 41 |
| 1.14. Anexos | 41 |
| CAPÍTULO 2: <u>NOCIONES GENERALES SOBRE LA IRRENUNCIABILIDAD</u> | 42 |
| 2.1. Un enfoque filosófico previo desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho | 42 |
| 2.1.1. La definición de principios | 43 |
| 2.1.2. Contexto de la interpretación jurídica | 47 |
| 2.1.3. Necesidad de la interpretación jurídica | 50 |
| 2.1.4. Problemas que enfrenta la interpretación | 51 |
| 2.1.4.1 Inexistencia de motivación o motivación aparente | 52 |
| 2.1.4.2. Falta de motivación interna del razonamiento | 52 |
| 2.1.4.3. Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas | 53 |
| 2.1.4.4. La motivación insuficiente | 53 |
| 2.1.4.5 La motivación sustancialmente incongruente | 54 |
| 2.2. Referencias históricas | 55 |
| 2.2.1. Contexto previo | 55 |
| 2.2.2. Autonomía privada | 57 |
| 2.3. Noción jurídica | 63 |
| 2.3.1. ¿Qué es el principio de irrenunciabilidad? | 63 |
| 2.3.2. Caracteres de la renuncia de derechos | 69 |
| 2.3.2.1. Debe ser expresada por el trabajador | 69 |
| 2.3.2.2. Acto de disposición debe ser irrevocable y unilateral | 70 |
| 2.3.2.3. Inaplicabilidad de la renuncia tácita o presunta | 71 |
| 2.3.2.4. Reconocimiento del derecho en una norma imperativa | 72 |
| 2.3.3. Legislación | 72 |
| 2.3.4. Ámbito subjetivo | 74 |

| | |
|--|-----------|
| 2.4. El principio de irrenunciabilidad y otros principios | 74 |
| 2.4.1. Los principios constitucionales de la relación laboral | 74 |
| 2.4.2 Diferencias con el principio de norma más favorable y de condición más beneficiosa | 76 |
| 2.4.2.1. Con el principio de norma más favorable | 76 |
| 2.4.2.2. Con el principio de condición más beneficiosa | 77 |
| 2.5. Doctrinas teóricas abordadas en relación a la irrenunciabilidad | 78 |
| 2.5.1. Teoría de la irrenunciabilidad de derechos | 79 |
| 2.5.2. Teoría de la flexibilización laboral | 83 |
| 2.5.3. Teoría de los derechos patrimoniales y de libre disposición renunciabiles | 88 |
| 2.5.4. Teoría de derechos adquiridos y teoría de los hechos cumplidos | 89 |

CAPÍTULO 3: MANIFESTACIONES SUSTANCIALES DEL PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS

| | |
|--|------------|
| 3.1. Las remuneraciones irrenunciabiles y las remuneraciones disponibles | 94 |
| 3.1.1. Derechos establecidos en los Tratados y la Constitución | 96 |
| 3.1.2. Los beneficios de origen legal | 97 |
| 3.1.3. Los beneficios provenientes de convenio colectivo | 100 |
| 3.1.4. Las remuneraciones determinadas por el contrato de trabajo | 107 |
| 3.1.4.1. Modificación unilateral del contrato de trabajo. Habilitación del supuesto de hostilidad equiparable al despido | 107 |
| 3.1.4.2. La rebaja de categoría | 109 |
| 3.1.5. Los beneficios provenientes de la consolidación o la costumbre | 110 |
| 3.2. El principio de irrenunciabilidad de derechos en los procesos laborales | 112 |
| 3.2.1. Conciliación | 115 |
| 3.2.2. El desistimiento | 115 |

| | |
|--|-----|
| 3.3. Identificación de campo de los derechos irrenunciables y renunciables | 116 |
| 3.4. La predictibilidad judicial y su vinculación al tema de la irrenunciabilidad de derechos | 118 |
| 3.4.1. LA CERIAJUS y la predictibilidad judicial | 123 |
| 3.4.1.1. LA CERIAJUS y el reto de la reforma integral de la administración de justicia. | |
| Ideas previas | 123 |
| 3.4.1.2. La plataforma de la CERIAJUS | 126 |
| 3.4.1.3. Finalidad y plazo | 127 |
| 3.4.1.4. Organización del trabajo de la CERIAJUS | 128 |
| 3.4.1.5. Predictibilidad y normas | 128 |

CAPÍTULO 4: MARCO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS

131

| | |
|--|-----|
| 4.1. El principio de irrenunciabilidad de derechos en las Constituciones de 1979 y 1993 | 131 |
| 4.2. El principio de irrenunciabilidad de derechos en la interpretación constitucional | 135 |
| 4.2.1. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional | 136 |
| 4.2.1.1. STC 2906-2002-AA/TC, del 20 de enero de 2004, proceso de amparo seguido por Mario Figueroa Ayala contra la Southern Peru Copper Corporation | |
| Antecedentes | 136 |
| Análisis de los fundamentos | 138 |
| 4.2.1.2. STC 09-2004-AA/TC, proceso de amparo seguido por Roberto Castillo Melgar contra Empresa Prestadora de Servicios EPS SEDAPAR | 144 |
| Antecedentes | 144 |
| Análisis de los fundamentos | 146 |

| | |
|--|-----|
| 4.2.1.3. STC 0025-2007-PI/TC, Decano del Colegio Nacional de Profesores del Perú contra el Congreso de la República | 150 |
| Antecedentes | 150 |
| Análisis de los fundamentos | 151 |
| 4.2.2. Jurisprudencia de la Corte Suprema | 154 |
| 4.2.2.1. Casación 863-2002- Callao, sobre reintegro de beneficios sociales. Sala Transitoria Social y Constitucional de la Corte Suprema | 154 |
| Antecedentes | 154 |
| Análisis de los fundamentos | 155 |
| 4.2.2.2. Casación 1781-2005- Lima. Primera Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema | 156 |
| Antecedentes | 156 |
| Análisis de los fundamentos | 157 |
| 4.2.2.3. Casación 476-2005. Sala Transitoria Social y Constitucional de la Corte Suprema | 160 |
| Antecedentes | 160 |
| Análisis de los fundamentos | 160 |

CAPÍTULO 5: EL PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

| | |
|--|-----|
| 5.1. En el sistema universal de los derechos humanos | 163 |
| 5.2. A nivel constitucional latinoamericano | 176 |
| 5.3. A nivel jurisprudencial | 178 |
| 5.4. A nivel doctrinario | 183 |

CAPÍTULO 6: CONTRASTACIÓN ENTRE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN Y LAS HIPÓTESIS DEL PROYECTO

| | |
|---------------------------|-----|
| 6.1. Problemas planteados | 186 |
|---------------------------|-----|

| | |
|---|------------|
| 6.2. Hipótesis formuladas | 187 |
| 6.3. Conclusiones de los argumentos desarrollados por cada hipótesis | 190 |
| <u>CONCLUSIONES</u> | 196 |
| <u>RECOMENDACIONES</u> | 201 |
| <u>PROPUESTA DE LEGE FERENDA</u> | 202 |
| <u>BIBLIOGRAFÍA</u> | 204 |
| <u>ANEXOS</u> | 209 |

I. INTRODUCCIÓN

El presente estudio Doctoral sobre la irrenunciabilidad de derechos laborales tiene por objeto efectuar un análisis integral, bajo una perspectiva filosófica, constitucional y laboral, de las diversas facetas que asume la disposición de los derechos laborales, partiendo del carácter protector que confiere el artículo 26 inciso 2 de la Constitución a los derechos del trabajador, reconocidos por la Carta Magna y la ley.

Abona al propósito de estudio del tema que la norma constitucional¹ carezca de precisión, y que en tal sentido, nos conduzca a problemas de interpretación jurídica. A este respecto, César Gonzáles Hunt² señala, con relación al artículo 26 inciso 2 de la Constitución, lo siguiente:

“Su interpretación literal puede llevar a entender, equivocadamente, que corresponde una aplicación restrictiva del mismo. En efecto, si los únicos derechos irrenunciables son los nacidos de la Constitución y de la ley, cabría entonces la renuncia de aquellos provenientes de normas convencionales. Así mismo, siendo irrenunciables los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, no podría siquiera renunciarse a los derechos disponibles reconocidos en estas disposiciones. Respecto al ámbito subjetivo del reconocimiento constitucional del principio, se aprecia que no se indica quiénes en la relación laboral están impedidos de renunciar a derechos indisponibles”.

¹ Artículo 26° de la Constitución de 1993

En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

(...) 2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.

² GONZÁLES HUNT, César. *“La reducción de la remuneración y el principio de irrenunciabilidad de derechos”*. En *“Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho peruano”*. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez, 2004. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Pág. 139.

Acota el mismo autor³:

“En cuanto al ámbito temporal, solo serían renunciabiles los derechos en cuanto se mantenga la relación laboral vigente, dado que la norma constitucional reconoce la aplicación del principio “en la relación laboral”. Con ello, sería posible formular renuncia antes de iniciarse la relación laboral y después de haberse extinguido ésta.”

A tenor de lo expuesto, se hace necesario efectuar y desarrollar una delimitación previa vinculada al tema de la argumentación y motivación, a lo cual sumamos ciertos criterios interpretativos que en Filosofía del Derecho nos van a ser de utilidad, a efectos de delimitar de mejor forma cómo debemos interpretar el tema de la irrenunciabilidad.

El debate en relación a la irrenunciabilidad de derechos, cobra vigencia inclusive actual cuando en el contexto internacional ocurre una crisis económica de amplios efectos que viene afectando las economías a nivel mundial. EE.UU. afronta una crisis económica nunca antes vista, solo comparable a la Gran Depresión del año 1929 y hasta un rescate financiero de US\$ 700 mil millones a diciembre de 2008, parece notoriamente insuficiente y no termina por reactivar la economía del país más poderoso de la Tierra. Muchos bancos de alcance intercontinental, otrora emblemáticos por su tamaño, prestigio y nivel de operaciones económicas, han quebrado ruidosamente. Los rescates económicos planificados por los gobiernos han significado, de la misma forma, la intervención directa del Estado en las crisis, supuesto que cambia la concepción de una economía de libre mercado irrestricta, en la cual el Estado solo mantenía una actitud de supervigilancia, para dar lugar a un escenario de franca intervención en actividades privadas.

³ GONZÁLES HUNT, César. Op. cit. Pág. 140.

En todo ese contexto, ¿cómo se mantienen los derechos laborales de los trabajadores de las empresas? A no dudarlo, estamos frente a un evidente retroceso de los derechos laborales adquiridos, de una flexibilización que ha de seguir reduciendo las relativas rigideces del mercado y que exige del Derecho del Trabajo una respuesta de cuál viene a ser el contexto de las relaciones laborales frente a dicho escenario complejo.

En el plano doctrinario laboral, en donde discutimos otra faceta de las crisis que afectan a los mercados, una primera interrogante a plantearnos es ¿cuáles derechos son irrenunciables y cuántos son dispositivos?, ¿cómo ha contribuido la jurisprudencia constitucional a ello?, ¿en qué medida se ha efectuado el aporte del Tribunal Constitucional y de las Salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema a esclarecer el tema?

Resulta evidente que el examen de este tema en el ámbito constitucional y laboral va a diferir del esquema de la renunciabilidad en el Derecho Civil. En esta última disciplina va a primar el principio de autonomía de la voluntad. La premisa de estudio, en esta disciplina, va a ser que entre las partes se tiende a proyectar un equilibrio entre las mismas. Pauta distinta ocurre en sede laboral en la medida que asumimos que el carácter de la desigualdad que caracteriza a las partes en la relación laboral, determina la imposibilidad de lograr el equilibrio en la negociación empleador-trabajador.

Es así que resulta trascendental en este objeto de estudio la validez de los actos de disposición del trabajador en sus distintas modalidades y el nivel de taxatividad que emane de norma legal imperativa. En otro ámbito, al disponer de un derecho ¿a qué puede estar renunciando el trabajador? ¿A un derecho reconocido por la Constitución, la ley, el convenio colectivo, el contrato de trabajo o la costumbre? El

nivel del derecho al cual se renuncia será igualmente relevante para la determinar la eficacia de la validez del acto destinatario.

Resulta tarea obligada, asimismo, analizar la influencia de otros principios con relación al principio de irrenunciabilidad y cuál es la determinación sustantiva de los mismos en la no configuración de actos dispositivos, reservando por oposición el principio de autonomía de la voluntad que pretende, desde el Derecho Civil, conferir validez a los actos dispositivos en la relación de igualdad que tienda a caracterizar a las partes en tal área.

Procedemos luego a interiorizar nuestro estudio del principio de irrenunciabilidad a nivel constitucional, determinando los enfoques de las Constituciones de 1979 y 1993, para luego estudiar las remuneraciones irrenunciables y disponibles, dado que es en este rubro donde mayor relevancia cobra el aspecto de extensión de la irrenunciabilidad.

Por otro lado, hay necesidad de determinar cuáles son las manifestaciones sustanciales del principio de irrenunciabilidad, a nivel jurisprudencial, en el proceso laboral. De esta forma, procedemos a estudiar ejecutorias producidas en sede nacional, a nivel de Tribunal Constitucional así como de la Corte Suprema. De igual forma, hemos estimado necesario destacar algunos ítems referidos al Derecho Comparado, destacando cuál es la perspectiva de la aplicación de los derechos humanos en el sistema universal y cuál es el nivel trabajado de irrenunciabilidad de derechos en cuanto concierne a los principales Tratados Internacionales que privilegian una perspectiva global de irrenunciabilidad (léase, no restricción) de derechos, a efectos de concordar cuál es la evolución de este derecho en los ámbitos nacional e internacional. Incluimos algunas ejecutorias y criterios doctrinarios foráneos a fin de sumillar en perspectiva cómo ha desarrollado este principio en otros ordenamientos jurídicos.

En este análisis científico- jurisprudencial destaca un aspecto de suma relevancia, igualmente, y es el tema de la predictibilidad de las resoluciones en sede judicial. En apariencia, irrenunciabilidad y predictibilidad podrían parecer temas no afines. Sin embargo, existe una motivación sustancial para analizar el tema y ella reside en el hecho de que ejecutorias distintas sobre un mismo asunto, determinan una falta de certeza como condición esencial de todo ordenamiento jurídico, el cual apunta a un escenario de unidad, coherencia y plenitud, en términos de Norberto Bobbio, conforme pasaremos a desarrollar en nuestra Tesis.

En consecuencia, dicha ausencia de certeza es igualmente leída como falta de predictibilidad en los órganos de justicia, precisamente porque el esquema jurisprudencial desarrollado hasta hoy, a pesar de sus notorios avances por lograr uniformidad de criterios, sigue resultando aún complejo, dejando a cada decisor jurídico en libertad de asumir, bajo un marco discrecional amplio, su propia postura interpretativa. Mas esto último no es lo complejo pues el tema de la motivación salvaría una decisión particular. Lo sustancialmente complicado es que exista motivación diferente para un mismo caso o en su defecto, para casos muy similares, lo que se traduce, lo manifestamos con preocupación, en una falta de credibilidad para el sistema judicial y aún constitucional a nivel del propio supremo intérprete de la Constitución.

Este tema ha sido materia de preocupación en la CERIAJUS (Comisión Especial para la Reforma Integral del Sistema de Administración de Justicia), en atención a que propiamente uno de los temas de trabajo de dicha Comisión apunta a lograr mayor predictibilidad de los decisores judiciales y para ello formula una serie de pautas a seguir. ¿Cuánto de las propuestas se ha logrado? Ello es parte de nuestro estudio.

Valga como precisión que siendo este análisis propiamente un estudio a nivel doctoral, en observancia del esquema científico riguroso que caracteriza una investigación de este tipo, procederemos a determinar en el curso de esta investigación descriptiva que efectuamos, la influencia de las variables y las hipótesis planteadas en nuestro proyecto de investigación, en la medida que el estudio doctoral exige al tiempo que un nivel de análisis filosófico de las posiciones que se plantean, también un nivel de rigurosidad científica.

En el sentido expresado, **pretendemos demostrar en nuestra tesis principal de trabajo, a partir de un análisis de la realidad peruana en nuestro tema, que la irrenunciabilidad de derechos en materia laboral se centra en un núcleo de derechos indisponibles, debajo de cuyo ámbito hay indisponibilidad y sobre el cual, sí existe renunciabilidad, a lo cual debe sumarse la valoración de taxatividad que emane de norma legal.** A tal efecto, materializamos nuestra propuesta con una proyección normativa, a nivel de un anteproyecto de ley, a partir de las Conclusiones y Recomendaciones a las que arribamos. Con mayor propiedad, dicho anteproyecto es plasmado como propuesta de *lege ferenda* que aspira objetivamente a aportar para una mejor impartición de justicia, dada la falta de herramientas para un discernimiento claro en el campo de la irrenunciabilidad de derechos laborales. En tal sentido, nos persuadimos de que esta Tesis Doctoral cumple el objetivo exigido por la Unidad de Post-Grado de esta prestigiosa Universidad, cual es realizar aportes sustanciales y de envergadura para el Derecho nacional.

CAPITULO 1

ASPECTO METODOLOGICO

1.1. El tema

El tema de trabajo de esta Tesis Doctoral se denomina:
“IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS EN MATERIA LABORAL: SU VINCULACIÓN AL TEMA DE LA PREDICTIBILIDAD”.

1.2. Planteamiento del problema

El problema de investigación es formulado en los siguientes términos:

¿Cuál es el alcance de la irrenunciabilidad de los derechos laborales a partir de la interpretación constitucional del artículo 26 inciso 2 de la Carta Magna de 1993, y a partir de dicha premisa, cómo conceptualizar la aplicación de los derechos renunciabiles en materia laboral?

1.2.1. Diagnóstico situacional

La inquietud personalísima de conocer el alcance de qué entendemos por derechos irrenunciabiles en materia laboral y cuáles son aquellos derechos que sí tienen una naturaleza de renunciabilidad, así como la intención de contribuir con un proyecto de alternativa legal a fin de esclarecer el tema de modo más técnico a través de pautas a sugerir en el modelo de actual

normatividad positiva en el Perú respecto a este tema, me conducen a desarrollar la presente Tesis Doctoral.

A su vez, resulta importante asociar esta inquietud de modo hermenéutico al tema de la predictibilidad judicial, evaluando el contexto social y jurídico que significan los pronunciamientos de diversos órganos jurisdiccionales en relación al tema de la irrenunciabilidad, específicamente a raíz de fallos distintos del propio Tribunal Constitucional en procesos de amparo frente a pretensiones relativas a derechos renunciables como lo implica el tema de la rebaja de remuneración y si ésta involucra una renuncia de derechos o tiene la calidad de irrenunciable, habiéndose pronunciado el Tribunal en sentidos distintos. A esto se suma un análisis de razonabilidad de distintos fallos de las Salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, a fin de determinar cómo se vienen resolviendo en sede constitucional, los rubros relacionados a nuestro tema de estudio.

Bajo esta pauta, el tema de la predictibilidad reviste suma importancia pues no sólo refleja una necesaria uniformidad de criterios, indispensable para el debido ejercicio jurisdiccional, sino que constituye un ancla de considerable bagaje para una mejor impartición de justicia.

A este diagnóstico situacional pretendemos añadir una perspectiva de análisis constitucional, así como debemos sumar cuándo se produce la irrenunciabilidad y en cuáles niveles la misma es procedente, partiendo de la premisa principal de que hay irrenunciabilidad en el caso de Tratados Internacionales, normas constitucionales y la ley, al fijarse mínimos, sumado ello a la taxatividad como juicio de valor, regla impuesta por la Corte Suprema en la casación 476-2005. Respecto a los convenios colectivos, el contrato de trabajo y la costumbre, fijamos criterios de exclusión, sobre la premisa base

de que no se trata de *normas de derecho absoluto*, en la definición que veremos, más adelante, de de la Villa Gil⁴.

Las reglas de derecho, en general las normas jurídicas, pueden brindarnos una idea de subsunción, en la cual disponemos de una premisa normativa, premisas fácticas y una conclusión. He aquí lo que denominamos el silogismo jurídico. Sin embargo, al ser contrastadas las situaciones de hecho a resolver, con la realidad y las normas, aquellas enfrentan numerosísimas situaciones complejas.

Si partimos del análisis amplio del concepto de la autonomía de la voluntad, deberemos asumir que sí podríamos encontrarnos frente a derechos renunciables, pudiendo conferir naturaleza dispositiva a cualquier derecho, *normas dispositivas* según de la Villa Gil, en atención a que expresamos una voluntad y como tales, podemos renunciar irrestrictamente a cualquier derecho por encontrarnos en situación de igualdad. Sin embargo, esta pauta jugaría en contrario, en el mundo del Derecho del Trabajo, al correlato constitucional que representa el artículo 26 numeral 2 de nuestra *Lex Legum*, que prevé la irrenunciabilidad de derechos reconocidos por la propia Constitución y la ley.

Nuestro objetivo entonces se orienta a poder brindar una posición doctoral filosófica, constitucional y laboral de cuándo se configuran los supuestos de irrenunciabilidad y por extensión, cuándo se deben producir supuestos de renunciabilidad procedentes, para cuyo efecto proponemos un anteproyecto de norma, a fin de que si el legislador la adopta, entonces desarrollará, como es su natural obligación, el contenido constitucional del artículo 26 inciso 2 de

⁴ DE LA VILLA GIL, Luis. “*El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales*”. En: Revista de Política Social. No. 70. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1970. Pág. 155.

nuestra Carta Magna, disposición supralegal que, como hemos señalado, aún supone muchos conflictos a nivel jurisprudencial por falta de desarrollo normativo del enunciado constitucional. Tal contexto justifica el desarrollo de la presente Tesis Doctoral.

Entendemos también, como supuesto de posición, y conforme hemos señalado *supra*, que la renunciabilidad podrá producirse en los niveles de normas legales dispositivas, convenio colectivo, contrato de trabajo y costumbre, considerando al respecto ciertas excepciones de rigor. A su vez, corresponde definamos que los principales problemas de irrenunciabilidad se configuran al enfocar los problemas de titularidad de los derechos renunciados, es decir, quién renuncia, así como la naturaleza del acto renunciado, debiendo precisar el desarrollo de esta Tesis si se trata de la ley, del convenio colectivo, del contrato de trabajo o de otros supuestos.

Parecería ser, y esa es una impresión muy inicial, que el artículo 26 inciso 2 de la Constitución fuera claro en su contenido. Sin embargo, la práctica jurisprudencial a nivel del Tribunal Constitucional y Salas Supremas, tal como hemos referido *supra*, no ha sido uniforme, precisamente por la ausencia de normas de desarrollo constitucional y Plenos Jurisdiccionales. De ahí que sea necesario que esta Investigación Doctoral, pretenda llenar los supuestos de vacío de la ley, planteando específicamente una fórmula de solución que para fines de este trabajo, constituye la posición formal del Doctorando a través de un anteproyecto de norma.

1.2.2. Preguntas de investigación

Es importante, en la normativa procedimental de elaboración de una Tesis Doctoral, abordar preguntas de investigación, a fin de que las mismas nos sirvan de barómetro de trabajo en el resto del estudio a efectuar.

Hemos creído prudente señalar las siguientes preguntas de investigación:

- 1. ¿En qué casos estamos frente a derechos irrenunciables en materia laboral y cuál es el sustento de esa irrenunciabilidad?**
- 2. ¿En cuáles casos estamos frente a derechos de naturaleza dispositiva y por consiguiente, en los cuales el trabajador hace una renuncia válida de sus derechos laborales y que dicha renuncia no está afectada de nulidad y contravención a la ley?**
- 3. ¿Cuáles son los criterios de campo a enmarcar para una identificación técnica de los derechos irrenunciables?**
- 4. ¿Cómo influye el tema de la predictibilidad de las decisiones judiciales respecto a la definición de los derechos irrenunciables y renunciables en el campo laboral? ¿Es propiamente el Tribunal Constitucional un ente final para la definición de los derechos laborales o transforman sus sentencias contradictorias los esquemas de irrenunciabilidad?**

Estas son las preguntas principales sobre las cuales vamos a monitorear nuestra investigación. Sin perjuicio de ello, debemos acotar algunas subpreguntas, dada la naturaleza del tema conflictivo, en los siguientes términos:

- 1. ¿Necesitamos conocer reglas de interpretación jurídica para abordar problemas de irrenunciabilidad de derechos?**

2. ¿Es lo mismo un derecho irrenunciable que un derecho indisponible?
3. ¿A qué llamamos normas de derecho necesario absoluto, de derecho necesario relativo y de derecho dispositivo?
4. ¿Cómo interviene la autonomía de la voluntad respecto de los derechos renunciabiles?
5. ¿Cuáles deben ser los caracteres de la renuncia de derechos que formula el trabajador para que se impute irrenunciabilidad y por consiguiente, ineficaz la disposición de derechos?
6. ¿En qué se diferencia el principio de irrenunciabilidad de derechos del principio de norma más favorable y del principio de la condición más beneficiosa?
7. ¿Cuáles son las principales teorías que enfocan el problema de la irrenunciabilidad y renunciabilidad de derechos?
8. ¿En qué medida son irrenunciabiles los derechos reconocidos en los Tratados internacionales, la Constitución y la ley?
9. Los derechos fundamentales emanados de la Constitución, ¿son absolutos?
10. ¿Cuál es el esquema de renunciabilidad a partir de las normas legales dispositivas?
11. ¿Por qué los convenios colectivos contienen derechos renunciabiles?
12. ¿De qué forma los derechos nacidos del contrato de trabajo y la costumbre son derechos disponibles?
13. Al disponer de un derecho ¿a qué puede estar renunciando el trabajador? ¿A un derecho reconocido por la Constitución, la ley, el convenio colectivo, el contrato de trabajo o la costumbre?
14. ¿Cuáles son las principales manifestaciones del principio de irrenunciabilidad en los procesos laborales?
15. ¿Cómo se ha manifestado el principio de irrenunciabilidad en las Constituciones de 1979 y 1993?
16. ¿Es la Carta Magna de 1993 menos garantista que la Constitución de 1979?

17. ¿En qué medida afecta al ordenamiento jurídico que no exista uniformidad en los pronunciamientos judiciales?
18. ¿En qué medida se ha efectuado el aporte del Tribunal Constitucional y de las Salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema a esclarecer el tema de la irrenunciabilidad de derechos?
19. ¿Cuánto de las propuestas de la CERIAJUS se ha logrado en el tema de predictibilidad?
20. ¿Es necesario una ley que regule la irrenunciabilidad de derechos laborales?

Estas preguntas van a ser contestadas en el transcurso de la Tesis Doctoral, a medida que desarrollemos los capítulos respectivos.

1.2.3. Objetivos de la investigación

La presente investigación es conducida en función a los siguientes objetivos:

Objetivo principal:

Buscar la verdad en el tema de la irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, buscando dejar más en claro cuáles son los criterios técnicos que nos conducen a establecer cuándo un derecho va a ser irrenunciable en materia laboral y cuándo no lo puede ser, y a título de qué implicancias técnicas esto va a ser objetivamente definido.

Objetivos específicos:

- a) Determinar las situaciones que no configuran derechos irrenunciables y que por consiguiente, son derechos renunciabiles;

- b) Delimitar un esquema de determinación procedimental de derechos irrenunciables y renunciables;
- c) Hacer prospección en el tema de predictibilidad de las decisiones judiciales y poner de relieve la situación compleja que representa la falta de uniformidad de criterios en la decisión de conflictos judiciales;
- d) Definir una propuesta regulatoria de la irrenunciabilidad de derechos laborales, que pueda significar un aporte técnico al complejo mundo del Derecho Laboral, una disciplina por excelencia conflictual por implicar la discusión continua de alcances patrimoniales;
- e) Sumar una perspectiva filosófica y constitucional del problema, enriqueciendo los tópicos de una Investigación que se precia de pretender alcanzar nivel doctoral.

He realizado la búsqueda del tema en las bibliotecas, sección Tesis de Maestría y Doctorado en las Universidades Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Universidad Particular San Martín de Porres y no existe un proyecto similar con las características esquemáticas que exige el grado de Doctorado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Sin embargo, existen artículos doctrinarios elaborados por diversos autores europeos e iberoamericanos, cuyo aporte académico es relevante, pues problematizan también el tema de la presente Tesis Doctoral.

1.2.4. Justificación

Justifico la elaboración del presente Proyecto de Investigación en el hecho de que corresponde se efectúe una contribución al quehacer jurídico a fin de definir mejor el alcance de la irrenunciabilidad de derechos en materia laboral.

Debemos tener en cuenta que existen limitaciones de suyo a la libre negociación de derechos laborales, lo cual no sucede en materia civil, por cuanto instrumentos de alcance mayor como nuestra *Lex Superior* de 1993 así como sendos instrumentos internacionales, protegen la condición del trabajador y la base de un “techo mínimo” de derechos que le asisten.

En suma, es conveniente llevar a cabo esta Investigación a fin de delimitar con más propiedad el tema de la irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, panorama sobre el cual hoy en día se ciernen dudas respecto a la metodología de identificación de los derechos caracterizados por su indisponibilidad.

Los beneficios que se han de derivar de esta Investigación, *grosso modo*, son los siguientes.

- a) Lograremos identificar de mejor modo los derechos irrenunciables en materia laboral;
- b) Reconoceremos por exclusión, con relación a la premisa anterior, los derechos caracterizados por su renunciabilidad o disponibilidad;
- c) Estableceremos una metodología de identificación de derechos irrenunciables;
- d) Precisaremos la importancia que reviste que logremos una mejor predictibilidad de las resoluciones judiciales.

1.2.5. Delimitación

- **Espacial:** El espacio designado es el Perú en atención a que las sentencias materia de estudio- a cargo del Tribunal Constitucional y Salas Supremas- tiene alcance nacional.

- **Temporal:** 2002-2007. Este lapso resulta razonable en la medida que un período de análisis de un quinquenio incluye tendencias jurisprudenciales importantes. De la misma forma, por cuanto los fallos materia de análisis razonablemente han llevado un tiempo de tramitación en diversas instancias y a su vez, han conllevado, en forma previa, posiciones jurisprudenciales de órganos inferiores que igualmente reflejan una tendencia aplicativa del tema de la irrenunciabilidad.
- **Cualitativa:** Procesos tramitados con referencia a derechos irrenunciables en materia laboral. Aquí resulta importante identificar procesos en los cuales ha existido el conflicto de denominar o no irrenunciable un derecho de naturaleza laboral, habiendo sido éste el eje del conflicto.
- **Cuantitativa:** Un total de 6 expedientes representativos de decisiones en materia de irrenunciabilidad de derechos laborales: 3 expedientes a nivel del Tribunal Constitucional y 3 expedientes a nivel de las Salas Permanente y Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema. El número de expedientes indicados constituye una muestra prudente que se condice con el objeto de investigación realizado.

1.3. Marco Teórico

Dada su naturaleza, este tema es desarrollado en el cuerpo de la Tesis Doctoral.

Debemos anotar, sin embargo, que en la elaboración del marco teórico hemos tenido en cuenta los antecedentes y referencias históricas. A su turno, en cuanto corresponde a la revisión de la literatura, hemos considerado las

fuentes primarias, secundarias y terciarias. De otro lado, hemos estructurado los fundamentos teóricos sobre los análisis de las bases teórico- científicas. En el marco conceptual ejecutado, hemos tenido presente el desarrollo de categorías y conceptos y hemos procedido a una adecuada definición de los términos.

1.4. Hipótesis, variables, indicadores

1.4.1. Formulación de las Hipótesis

Las hipótesis implican el planteamiento de nuestro problema y se caracterizan porque fijan antecedentes y consecuentes. Inicialmente describen una realidad, luego planteamos el problema y finalmente, constituyen una forma de respuesta al problema planteado.

Bajo esta premisa es correcto afirmar, como hace José Horna⁵, que *“las hipótesis formuladas derivan de un problema que se plantea y de un marco teórico que se elabora. Una vez definidas las mismas, los objetivos se establecen y la investigación se justifica.”*

En consecuencia, nuestras hipótesis van a ser formuladas teniendo en cuenta las directivas sobre Investigación Doctoral emitidas por la Unida de Post-Grado de la Universidad de San Marcos, en los términos que a continuación señalamos:

1.4.1.1. Hipótesis 1(H-1)

⁵ HORNA TORRES, José. Lecciones de Diseño de Investigación Doctoral. UNMSM. 25 de junio de 2004.

Ante el panorama legal de indefinición legislativa- jurisprudencial de los derechos irrenunciables en materia laboral, los casos en los que estamos frente a derechos irrenunciables en materia laboral son los siguientes:

- En los casos de obligaciones laborales cuyo mandato de otorgamiento proviene de tratados internacionales o normas constitucionales.
- En casos expresos en que la ley confiera a un derecho esta naturaleza. Es exigible que en forma taxativa se establezcan determinados derechos y beneficios sociales que tengan como fuente dicha relación.

El sustento de la irrenunciabilidad es el artículo 26 inciso 2 de la Constitución que señala: *“En la relación laboral se respetan los siguientes principios: (...) 2.- Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley (...)”*.

• **Instrumentos:**

- Tratados y convenios internacionales que fijan la naturaleza de derechos irrenunciables;
- Constitución Política de 1993 artículo 26 inciso 2;
- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional señalando derechos irrenunciables;
- Ejecutorias de las Salas Permanente de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema;

La hipótesis aquí conjetura que los derechos a proteger, vía irrenunciabilidad, son de rango constitucional (y supraconstitucional) y legal.

1.4.1.2. Hipótesis 2(H-2)

Frente a la concepción del principio de autonomía de la voluntad y de interpretación por exclusión del artículo 26 inciso 2 de la Constitución, los casos en los que estamos frente a derechos renunciables en materia laboral son los siguientes:

- En caso que la fuente de la remuneración sea una norma legal dispositiva.
 - En caso de cláusula normativa de convenio colectivo.
 - En caso de derechos vinculados al contrato de trabajo, salvo la afectación de sumas que signifiquen derechos menores a los taxativamente señalados por la Constitución y la ley.
 - Por costumbre.
-
- **Instrumentos:**
 - Jurisprudencia del Tribunal Constitucional señalando derechos renunciables;
 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Decreto Supremo No. 003-97-TR.
 - Ley 9463, sobre reducción de remuneración;
 - Convenios privados empleador- trabajadores sobre reducción de derechos;

- Convenios colectivos de renuncia o rebaja de derechos.

La hipótesis en este caso proyecta la definición de categorías renunciables, las cuales son de rango infralegal (subordinadas a la ley).

1.4.1.3. Hipótesis 3(H-3)

Partiendo de la premisa de que es necesario diferenciar los derechos irrenunciables de los derechos renunciables en materia laboral, los criterios de campo a enmarcar para una identificación técnica de los derechos irrenunciables son los siguientes:

- Definir el contexto constitucional y legal de la irrenunciabilidad de derechos laborales;
- Analizar la titularidad de los derechos renunciados y la naturaleza del acto a renunciar;
- **Instrumentos:**
 - Hermenéutica de la Constitución de 1993;
 - Sentencias del Tribunal Constitucional;
 - Análisis de la normativa pertinente: Ley de Productividad y Competitividad Laboral y de Compensación por Tiempo de Servicios CTS.

La hipótesis en este ítem considera como cuestión procedimental, para la aplicación de la irrenunciabilidad, tener en cuenta el rango de la disposición a la que se renuncia o el acto-interpartes afectado de irrenunciabilidad.

1.4.1.4. Hipótesis 4(H-4)

Ante la disparidad de criterios jurisprudenciales para una mejor definición de los derechos irrenunciables en materia laboral, el tema de la predictibilidad de las decisiones judiciales involucra eliminar la inconsistencia de los fallos de las máximas instancias en aras de alcanzar una mayor uniformidad de las sentencias judiciales en materia de tutela.

- **Instrumentos:**

- Jurisprudencia contradictoria del Tribunal Constitucional;
- Jurisprudencia no uniforme de las Salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema.

En esta hipótesis, destacamos cuán importante y necesaria es la unificación de criterios jurisprudenciales para una mejor aplicación de la irrenunciabilidad.

Corresponde señalar como fundamentos de las hipótesis los considerandos que a continuación exponemos.

En el Perú los procesos que han involucrado la definición de los derechos irrenunciables, no se han podido basar en una regulación legislativa bien definida y en ese sentido, no se ha objetivizado ningún criterio aún con carácter vinculante de cuándo estamos frente a casos de irrenunciabilidad y cuándo frente a casos renunciabiles, salvo la norma constitucional genérica – artículo 26 inciso 2- que señala que en toda relación laboral se respeta el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley. No

obstante ello, la casación 476-2005 de la Corte Suprema fija ya algunos esbozos introductorios de determinación de derechos irrenunciables, conforme veremos más adelante.

Frente a la discusión permanente y de campo que se genera en la práctica entre los estudiosos del Derecho respecto a cómo definir más técnicamente los criterios marco de la irrenunciabilidad y su contraparte, la renunciabilidad, esta Investigación Doctoral proyecta, a modo de *lege ferenda*, una sumilla de norma legal en relación a la irrenunciabilidad de derechos, en calidad de aporte a nuestra legislación positiva.

1.4.2. Variables e indicadores

Afirma sobre este concepto Hernández Sampieri⁶: *“Una variable es una propiedad que puede variar y cuya variación es susceptible de medirse u observarse (...) La variable es aplicada a un grupo de personas u objetos, los cuales adquieren diversos valores o manifestaciones respecto a la variable (...). La variable adquiere valor para la investigación científica cuando llegan a relacionarse con otras (formar parte de una hipótesis o una teoría). En este caso se le suele denominar “constructos o construcciones hipotéticas”.*

Variables de Constatación

Las variables a desarrollar en esta Tesis Doctoral van a ser de constatación, es decir, de verificación respecto de los enunciados formulados en nuestras hipótesis.

⁶ HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto. FERNANDEZ COLLADO, Carlos y BAPTISTA LUCIO, Pilar. *“Metodología de la investigación”*. McGraw Hill Interamericana. México, 2003. Pág. 144.

- Variable de Constatación 1

La irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, desde la perspectiva constitucional, se configura a partir de la vigencia y validez de: a) Tratados Internacionales en los cuales el Perú es parte, así como; b) Del mandato que fluye del artículo 26 inciso 2 de la Constitución Política de 1993.

Indicadores:

- Tratados internacionales:

- Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículos 29 y 30
- Pacto Internacional de derechos civiles y políticos. Artículo 5
- Convención Americana sobre derechos humanos. Artículo 30
- Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Artículo 15
- Convenios No. 95 de la Organización Internacional del Trabajo. Artículo 6

- Constitución de 1993, artículo 26 inciso 2, cuyo acatamiento se verifica en fallos judiciales que declaran derechos irrenunciables a nivel del Tribunal Constitucional y Salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema. Se reconoce un mandato constitucional.

- Variable de Constatación 2

La renunciabilidad de derechos en materia laboral desde la perspectiva de voluntad de las partes se configura sobre la base de que un derecho laboral sea de carácter dispositivo.

Se configura, de la misma forma, sobre la verificación de la norma legal que establezca carácter dispositivo, así como a través de la constatación de los alcances de convenios colectivos, contratos de trabajo y la costumbre.

Indicadores:

- Normas legales dispositivas.
- Acuerdos empleadores trabajadores a nivel de contratos individuales y convenios colectivos.
- Estimación de la costumbre como supuesto de renunciabilidad de derechos laborales.

- Variable de Constatación 3

La identificación técnica de los derechos irrenunciables se define por los tests o valoraciones de constitucionalidad de una obligación laboral. De la misma forma, por interpretación de exclusión, los derechos provenientes de norma legal dispositiva (que faculta disponer), de convenio colectivo, del contrato de trabajo y de la costumbre, constituyen derechos renunciables.

Indicadores:

- Análisis de la constitucionalidad de una obligación laboral;
- Análisis del carácter de titularidad de derecho renunciado;
- Análisis de la naturaleza del acto a renunciar;
- Análisis del carácter de libre disponibilidad de una obligación laboral.

- Variable de Constatación 4

La predictibilidad en los fallos judiciales es un objetivo en proceso. Nuestros tribunales de justicia, en las más altas instancias, emiten fallos contradictorios y ello crea desconcierto. No obstante esta situación, la casación 476-2005 de la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema significa un avance rescatable y de sumo interés, pues ordena la fijación de criterios de irrenunciabilidad en función de la naturaleza imperativa de la obligación legal laboral.

Indicadores:

- Fallos judiciales distintos sobre la misma materia a nivel de Tribunal Constitucional y Corte Suprema.

Secuelas que genera el problema de la falta de definición positiva de derechos laborales irrenunciables y renunciables en materia laboral y su incidencia en la falta de predictibilidad:

- Dificultades de campo para jueces y abogados al no aplicar con propiedad criterios de cuándo estamos frente a casos de derechos laborales irrenunciables y cuándo no lo estamos;
- Los estudiosos del Derecho apreciamos que no existiendo un panorama legal claro respecto a la definición objetiva de los derechos laborales irrenunciables y renunciables, no resulta previsible asegurar cómo ha de pronunciarse en forma clara un Juez o Sala, o más aún el Tribunal Constitucional, al verificar la constitucionalidad de asuntos laborales en temas de irrenunciabilidad.
- En vista de la falta de una legislación poco clara en materia de irrenunciabilidad de derechos y en ausencia de jurisprudencia vinculante y de

Plenos Jurisdiccionales en materia laboral, así como de sentencias concordadas del Tribunal Constitucional, la incidencia en el factor riesgo – país se expresa en una falta de seguridad jurídica.

- Una ausencia de predictibilidad de las resoluciones judiciales a nivel del Tribunal Constitucional, genera que los procesos de amparo en el tema específico de rebaja de remuneración, un tema directamente vinculado a los derechos irrenunciables en materia laboral, no sean previsibles en cuanto a resultados, por expresos pronunciamientos distintos del mismo Tribunal Constitucional.

1.5. Tipo de investigación

Siguiendo a Hernández Sampieri⁷, corresponde desarrollar en este trabajo una investigación descriptivo-correlacional.

Es descriptiva porque se analiza situaciones jurídicas concretas generadas a partir de un conjunto de fallos expedidos entre los años 2002 y 2007 en el ámbito constitucional laboral por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema.

Es correlacional, porque la investigación procura determinar la relación entre dos o más variables y medir los efectos que éstas proyecten en el resultado final. A este efecto, Hernández Sampieri precisa que es correlacional en

⁷ HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto. FERNANDEZ COLLADO, Carlos y BAPTISTA LUCIO, Pilar. Op. cit. Pág. 117 a 126.

atención a que el propósito es “*evaluar la relación que existe entre dos o más conceptos, categorías o variables (en un contexto en particular)*”

De esta forma, pretendemos relacionar las variables concurrentes en nuestro trabajo, apreciando que las mediciones en las variables a correlacionar provienen de los mismos sujetos, esto es, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema.

Dentro del mismo criterio correlacional expuesto, ha correspondido desarrollar en este trabajo una *investigación cuantitativa* en atención a que la misma nos ha ofrecido la posibilidad de generalizar los resultados más ampliamente, así como que nos ha otorgado un punto de vista de conteo y magnitudes de los fenómenos desarrollados con relación a esta investigación. Este enfoque cuantitativo se ha fundamentado en un esquema deductivo y lógico, buscando formular preguntas de investigación e hipótesis para posteriormente probarlas.

Hemos desarrollado, a su vez, una *investigación cualitativa* pues la misma le ha dado profundidad a los datos, produciendo una riqueza interpretativa, una contextualización del ambiente o entorno. El enfoque cualitativo, en este caso, se ha basado en un esquema inductivo y ha sido expansivo.

Consecuentemente, tenemos un modelo mixto pues los enfoques cuantitativo y cualitativo se han entremezclado durante todo el proceso de investigación.

La mezcla de ambos métodos ha potenciado el desarrollo del conocimiento, asumiendo un carácter empírico pues hemos recogido datos de los fenómenos estudiados.

1.6. Diseño de Investigación

El diseño es el plan o estrategia que se desarrolla para obtener la información que se requiere en una investigación, y señala al investigador lo que debe hacer para alcanzar sus objetivos de estudio y para contestar las interrogantes de conocimiento que se ha planteado.

El diseño que se aplicará en esta investigación es de tipo no experimental – transeccional correlacional.

Es **no experimental o ex post-facto**, pues se van a observar los hechos y las variables tal como ya existen en la realidad.

Igualmente alegamos que es no experimental, conforme a Hernández Sampieri⁸, porque *“se realiza sin manipular deliberadamente las variables. Es decir, se trata de una investigación en donde no hacemos variar en forma intencional las variables independientes. Lo que hacemos en la investigación no experimental es observar fenómenos tal y como se dan en su contexto natural, para después analizarlos.”*

Esta investigación es igualmente transeccional – correlacional. Es transeccional porque la investigación recolecta datos de determinados momentos y porque su finalidad es describir variables, analizar su incidencia e interrelación en momentos dados. Es correlacional porque describe relaciones entre dos o más categorías, conceptos o variables en un momento determinado.

Creemos de la misma forma que es posible afirmar que esta investigación igualmente **es longitudinal de tendencia** porque abarca un período de 5 años

⁸ HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto. FERNANDEZ COLLADO, Carlos y BAPTISTA LUCIO, Pilar. Op. cit. Pág. 267.

(2002- 2007), examinando distintos fallos del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema. Analizamos cambios a través del tiempo (en categorías, conceptos, variables o sus relaciones)). La característica distintiva es que se trata de enfocar nuestra atención en los tipos de fallos emitidos en relación al tema de la irrenunciabilidad de derechos laborales.

La tarea aquí desarrollada, en suma, tiene por objeto ubicar, categorizar y proporcionar una visión de los fenómenos que ocurren en el ordenamiento jurídico peruano respecto a la irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, uniendo esta observación al tema de la predictibilidad en las resoluciones judiciales, es decir, a de qué modo se expresan los fallos en los tribunales peruanos, destacando a este efecto cómo incide una ausencia de uniformidad en la emisión de resoluciones judiciales.

El procedimiento ha consistido en ubicar un grupo de fenómenos en unas variables o conceptos y desarrollar su correlación, estableciendo a estos efectos distintas variables de constatación.

Es pertinente señalar que en cuanto al método y técnicas de investigación, como estrategias asociadas al diseño de investigación, en el presente trabajo hemos empleado los métodos de análisis y síntesis, así como el método deductivo para trabajar la información teórica y doctrinaria. De igual forma, hemos utilizado los métodos dogmático, exegético y la hermenéutica jurídica para el estudio e interpretación de las decisiones supraconstitucionales, constitucionales y la legislación pertinente.

1.7. Universo, selección de la muestra, unidad de análisis

Diseño muestral: población y muestra

- Universo: sentencias expedidas en procesos de amparo e inconstitucionalidad, desde el año 2002.
- Tipo de muestra: Muestreo intencionado o razonado, por juicio u opinativo. La selección de la muestra se basa en la opinión del investigador, teniendo en cuenta que los elementos sean los más típicos o representativos.
- Unidad de Análisis: Procesos de amparo ventilados ante el Tribunal Constitucional y Salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, años 2002 a 2007.
- Unidad de Muestreo: República del Perú
- La muestra está constituida por:
 - 3 expedientes a nivel del Tribunal Constitucional y 3 expedientes a nivel de las Salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, en todos ellos buscándose tutela jurisdiccional efectiva respecto de la alegada afectación de derechos constitucionales vinculados a la irrenunciabilidad en materia laboral.

Precisado ello, estamos en condiciones de señalar que los factores a ser medidos en la investigación propuesta, son los criterios de análisis respecto a la interposición de los procesos referidos, las pretensiones formuladas y las decisiones del juzgador, concediendo o denegando los derechos demandados.

1.8. Técnicas e Instrumentos de recolección de datos. Contrastación de hipótesis

Técnicas de recolección

- Juntas bibliográficas
- Recopilación documental: La técnica de procesamiento de datos a aplicar es de fichas de recolección de datos así como de instrumentos de reunión documental, plasmados luego al texto de la Tesis, previa evaluación de su alcance. Las fichas son elaboradas conforme a las referencias e informaciones que interesan al desarrollo de la investigación.

1.9. Contrastación de hipótesis

Por su naturaleza conclusiva, esta parte es desarrollada *in extenso* en la parte final de nuestra Tesis, en atención a que procuramos, mediante la contrastación, demostrar que nuestras hipótesis han sido verificadas en la realidad del estudio desarrollado.

Sin perjuicio de ello, es pertinente poner de relieve que la contrastación de las hipótesis constituye una etapa trascendental en toda investigación, en atención a que las hipótesis o premisas de trabajo, provisionales en un inicio, han quedado verificadas en la investigación, es decir, las hipótesis han sido comprobadas.

1.10. Ordenamiento y análisis de datos

Análisis de los datos

Técnica de análisis de datos: Tratándose de un estudio cualitativo sobre los alcances de la irrenunciabilidad, los datos recopilados son sometidos a análisis lógico. Cada dato es observado unitariamente en su estructura y en su función, examinando en este aspecto su fin y su resultado. Culminado el análisis de los datos se continúa con la construcción científica.

Para ello habrá que seguir los siguientes pasos:

- Ordenar y comparar datos.
- Clasificar en grupos homogéneos.
- Ordenar los datos con criterio vertical y horizontal y determinar su estructura.

1.11. Informe Final: Aportes de investigación a la doctrina, legislación, anteproyecto de ley.

Es necesario informar que hemos efectuado una interpretación rigurosa de los resultados de la investigación, desarrollando inferencias correctas. A su vez, hemos aplicado adecuadamente el idioma así como los métodos y técnicas de investigación requeridas por el Proyecto, al tiempo que hemos desarrollado en esta fase la doctrina concurrente. También hemos reflejado aquí nítidamente el problema investigado, las hipótesis que sirvieron de referente, las variables e indicadores descubiertos, verificados, esclarecidos y medidos.

También debemos señalar que este trabajo de carácter activo- discursivo, ha cumplido con los parámetros de la investigación científica en consideración a que hemos realizado la interpretación de los datos obtenidos, procesados y tabulados, utilizando a este efecto un planteamiento del problema planteado, las formulaciones de hipótesis y se han usado las variables de constatación. Estas variables han servido como elementos de juicio para destacar el contenido del presente Informe.

Recursos Utilizados. Cronograma de trabajo

Recursos: Humano, Técnico, Material, Presupuesto

En el tema de recursos humanos, el suscrito ha desarrollado en su integridad la labor principal de investigación, delegando en terceros el acceso a algunas fuentes complementarias de investigación, sea recopilando alguna fuente extraordinaria o bien teniendo acceso a determinada orientación técnica de la legislación positiva.

Los recursos técnicos y materiales se identifican por el acceso directo a distintas bibliotecas, material obtenido por consultas a terceros especialistas y acceso a internet.

Presupuesto de Investigación

Varía en función de los recursos humanos y materiales requeridos. Sin embargo, a continuación presentamos un presupuesto referencial de la investigación a realizar

| Actividad | Unidades | Costo por unidad | Total |
|--|------------------------|--|---------------|
| Investigación | 400 horas | S/. 10.00/hora | S/. 4,000.00 |
| Fotocopias | 4000 páginas | S/. 0.10/página | S/. 400.00 |
| Libros, Revistas | 30 libros y/o revistas | S/. 40.00/ promedio libro y revista | S/. 1,200.00 |
| Transporte | Gasolina y traslados | Variable | S/. 2,000.00 |
| Encuadernación | 3 tomos anillados | 20.00 | S/. 60.00 |
| | 13 tomos empastados | 25.00 | S/. 325.00 |
| Derechos de grado y pago de derechos varios | | | S/. 5,000.00 |
| Total costo aproximado investigación | | | S/. 12,985.00 |

Cronograma

Fecha tentativa de sustentación: hacia el mes de agosto de 2009.

| Actividades | Número de meses | | | | | | | |
|--|----------------------------------|---|----|---|---|---|---|---|
| | 2 | 2 | 12 | 2 | 1 | 1 | 1 | 1 |
| Arqueo bibliográfico | | | | | | | | |
| Definición de hipótesis, variables e indicadores para el desarrollo de las interrogantes | | | | | | | | |
| Elaboración del marco teórico | | | | | | | | |
| Selección de muestras | | | | | | | | |
| Plan de tabulación | | | | | | | | |
| Tabulación y codificación | | | | | | | | |
| Análisis de datos | | | | | | | | |
| Elaboración del reporte de investigación | | | | | | | | |
| Revisión del manuscrito | | | | | | | | |
| Presentación de la investigación al Asesor de Tesis | | | | | | | | |
| Total | 10 actividades y 24 meses | | | | | | | |

1.12. Conclusiones y Recomendaciones

1.13. Bibliografía

1.14. Anexos

Los tres temas que anteceden son desarrollados en el cuerpo de la Tesis.

CAPÍTULO 2: NOCIONES GENERALES SOBRE LA IRRENUNCIABILIDAD

2.1. Un enfoque filosófico previo desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho

Una Tesis Doctoral exige, en nuestra opinión, una idea previa sobre la determinación de las implicancias trascendentes de los conceptos con los cuales vamos a trabajar. Asumir el estudio del principio de irrenunciabilidad exige delimitemos dos cuestiones: una primera referida a qué es un principio y una complementaria, vinculada a que, al resolver conflictos, realizamos interpretación. Ambos conceptos tienen una relación muy estrecha en la Teoría General del Derecho en función a su condición de metacriterios cuya naturaleza abstracta constituye de suyo una necesaria base para poder discurrir con algunas ideas previas en el complejo mundo del análisis filosófico del Derecho, extremo al cual se debe en forma natural esta Tesis Doctoral. Bajo este razonamiento, la definición de los principios nos va a permitir ubicarnos en el tema materia de análisis pues nos va a permitir definir con respecto a cuál criterio marco trabaja la irrenunciabilidad, esto es, ¿se impone como norma y por tanto tiene una estructura silogística determinada? ¿O funciona con mayor criterio como principio y cuál es en dicho caso su naturaleza obligacional? En suma, cuando invocamos irrenunciabilidad de un derecho laboral, ¿es que acaso deseamos plantear un mandato al legislador o pretendemos que el mismo positivice los principios en la ley? En este último caso, si el principio se materializa en la ley como tal, ¿deja de ser principio para convertirse en norma? En realidad, para comprender mejor esta idea necesitamos algunos esbozos filosóficos a los cuales se orientará esta parte de la Tesis Doctoral.

2.1.1. La definición de principios

Resulta relevante que al pretender una delimitación del principio de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, nos preguntemos antes qué entendemos por principio, más aún cuando los principios no son estrictamente leyes, sino el espíritu o la esencia de la ley. Los principios son líneas directrices, verdades anteriores y superiores a la norma legal. Como muy bien decía Carnelutti⁹ *“los principios se encuentran dentro del derecho escrito como el alcohol está dentro del vino, representan el espíritu y la esencia de la ley”*. Es el mensaje escrito o como muy bien se dice *“se encuentra entre líneas”*. Por esa razón, el Código Civil en su Título Preliminar dispone que los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del Derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.”(art. VIII).

Carlos Bernal Pulido¹⁰ define con acierto una proposición respecto a los principios y afirma:

“Los ordenamientos jurídicos no están compuestos exclusivamente por reglas, como señalaba Kelsen, para quien la única manera de aplicar el derecho era la subsunción (...) A partir de las investigaciones de Dworkin en el mundo anglosajón y de Alexy en el germánico, se suman los principios y la ponderación. Los principios son normas, pero no normas dotadas de una estructura condicional hipotética con un supuesto de hecho y una sanción determinados. Los principios son mandatos de optimización (...)/ (A su vez) los derechos fundamentales son el ejemplo más claro de principios que tenemos en el ordenamiento jurídico. La ponderación es la manera de aplicar los

⁹ CARNELUTTI, Francesco. “Sistema de Derecho Procesal Civil, Edit. Uteha Argentina, pág. 132.

¹⁰ BERNAL PULIDO, Carlos. *“La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”*. Materiales de enseñanza Derecho Constitucional de la Academia de la Magistratura. X Curso de Capacitación para el Ascenso. 2do nivel. Pág. 87.

principios y de resolver las colisiones que pueden presentarse entre ellos y los principios o razones que jueguen en sentido contrario.”

Prosigue el mismo autor:

“Dworkin señala que los principios están dotados de una propiedad que las reglas no conocen: el peso. Al ponderarse, se establece cuál principio pesa más en el caso concreto. El principio que tenga un mayor peso será el que triunfe en la ponderación y aquel que determine la solución par el caso concreto. (...) La ponderación es entonces la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas. La estructura de la ponderación queda así integrada por la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación. “

Por la ley de la ponderación, según Bernal Pulido¹¹, asumimos que: *“Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”*. A su vez, con la fórmula del peso, Robert Alexy¹², citado por Bernal Pulido, refiere que a los principios se les puede atribuir un valor en la escala triádica: Leve, medio, intenso. Ejemplo: en un caso de transfusión urgente de sangre, el peso del derecho a la vida es mayor que la convicción religiosa de no recibir una transfusión. Finalmente, las cargas de argumentación operan cuando existe un empate entre los valores que resultan de la aplicación de la fórmula del peso.

¹¹ BERNAL PULIDO, Carlos. Op. cit. Pág. 87.

¹² ALEXY, Robert. “Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios”. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2002. Pág. 95.

Bajo una mirada al Derecho peruano, podemos afirmar con Juan Espinoza, Espinoza¹³ que:

“El término principio proviene de la expresión latina “principium”, que equivale a fundamento o inicio. En el ámbito filosófico se afirma que “es un punto de partida, de inicio, de idea fundamental rectora”¹⁴. Otros observan que viene de la voz griega “arché”, que desde tiempos remotos era motivo de una incesante angustia existencial de los filósofos griegos, que pretendían determinar su esencia.¹⁵”

El principio de irrenunciabilidad, en orden a nuestro tema y en concordancia con las ideas vertidas, tiene, *prima facie*, la naturaleza de un mandato de optimización. Va a constituir una propuesta del legislador constitucional para que en las relaciones laborales prime el criterio marco de que el trabajador no puede renunciar a cierto nivel de derechos contenidos en la Constitución y la ley. Y como garantía de ello, no sola obra el mandato taxativo del artículo 26 inciso 2 de la Constitución sino un conjunto de valores y directrices que fluyen de la misma Carta Magna bajo esa característica de “*moralidad básica*” a la que se refiere Peces Barba¹⁶ cuando hace referencia a los presupuestos éticos que comprende un derecho fundamental. En efecto, concordamos plenamente con el autor cuando se refiere a la “*relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral*”¹⁷. Un principio, a juicio nuestro, implica mucho de un mandato moral, en el sentido del

¹³ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial. Pontificia Universidad Católica. Fondo Editorial, 2005. Pág. 399.

¹⁴ ROSENTAL, M.M. y P.F. Iudin. *Diccionario filosófico*. Rosario: Universo, 1973. Pág. 374.

¹⁵ FERRATER MORA, José. *Diccionario de Filosofía*. 5ta edición. Tomo II. Buenos Aires, Sudamericana, 1965. pág. 480.

¹⁶ PECES. BARBA, Gregorio. “*Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*”. Madrid. Universidad Carlos III de Madrid.. Boletín Oficial del Estado, 1999. pág. 37

¹⁷ PECES. BARBA, Gregorio. Op cit. Pág. 37

imperativo categórico kantiano, es decir, no tiene la fuerza coercitiva de la norma como tal, la cual se reviste del principio de legalidad y adquiere fuerza coercitiva. El principio, sin embargo, asume la forma de un mandato de optimización, es decir, insta a su cumplimiento pero para un fin de optimizar el contenido de un derecho fundamental, en el caso que nos ocupa, el derecho al trabajo.

Y no dejemos de lado la interrogante que puede estar surgiendo a raíz de lo afirmado *supra*: ¿es acaso lo mismo un principio que un derecho fundamental? ¿Gozan de la misma estructura? No son lo mismo aunque su cercanía conceptual es evidente. La estructura de un principio básicamente está contenida en el concepto de un mandato de optimización. A su turno, un derecho fundamental va a expresar tanto una moralidad básica como una juricidad básica, en la definición de Peces- Barba antes acotada. Pero a su vez, un derecho fundamental tiene una estructura definida, conforme señala Carlos Bernal Pulido¹⁸ al indicar: “todo derecho fundamental se estructura como un haz de posiciones y normas, vinculadas interpretativamente a una disposición de derecho fundamental”.

Una definición apropiada sobre esta estructura nos la brinda, jurisprudencialmente, el Tribunal Constitucional¹⁹, al señalar:

“De esta forma cabe distinguir entre las disposiciones de derecho fundamental, las normas de derecho fundamental y las posiciones de derecho fundamental. Las disposiciones de derecho fundamental son los enunciados lingüísticos de la Constitución que reconocen los derechos fundamentales de la persona. Las normas de derecho fundamental son los sentidos interpretativos atribuibles a esas disposiciones. Mientras que las posiciones de derecho fundamental, son las

¹⁸ BERNAL PULIDO, Carlos. “*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*”. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pág. 76

¹⁹ STC 01417-2005-PA/TC. F.J. 23 y 24. Caso Anicama Hernández.

exigencias concretas que al amparo de un determinado sentido interpretativo válidamente atribuible a una disposición de derecho fundamental, se buscan hacer valer frente a una determinada persona o entidad.”

2.1.2. Contexto de la interpretación jurídica

Cuando debemos resolver un conflicto laboral, vinculado al tema que fuere, sea en sede constitucional u ordinaria, necesitamos asumir una posición argumentativa lógica de la solución que vamos a adoptar, para luego sostener una posición a favor del derecho que alegamos. Acto seguido, tiene lugar la interpretación de la norma y de los hechos concurrentes, elementos que nos permiten acercarnos a la solución del problema. Finalmente, la motivación constituye un eje final del razonamiento en tanto cada argumento e interpretación alegada, deberá ser desarrollada a través de la motivación misma. Respecto de lo expuesto, la actividad interpretativa merece unas líneas de reflexión previas en atención a que, al resolver problemas de irrenunciabilidad, de suyo aplicamos interpretación jurídica.

En el sentido de la reflexión aludida, ¿es la interpretación jurídica un arte o una ciencia? Desde que Mario Bunge²⁰ estableció conceptualmente la diferencia entre ciencias formales y ciencias fácticas, quedó cuando menos afianzado en perspectiva que las ciencias formales demuestran o prueban, en tanto que las ciencias fácticas verifican, confirmando o no, hipótesis que en la mayoría de casos son provisionales. La lógica y la matemática, como ciencias formales, no se ocupan de los hechos sino tratan de entes ideales. Sus objetos son formas. Son, por tanto, ciencias deductivas; las ciencias fácticas, a su turno, se refieren a recursos y procesos. El conocimiento fáctico, de esta forma, es esencialmente probable.

²⁰ BUNGE, Mario. “*La ciencia, su método y su filosofía*”. Ediciones Arco Iris. Pág. 3

A tenor de lo expuesto, podemos esbozar que el Derecho es esencialmente una ciencia fáctica. Su campo de acción está constituido por la interacción de diversas instituciones jurídicas, representadas por las relaciones entre seres humanos. El Derecho regula declarando intereses, unas veces, y otras, imponiendo conductas en forma restitutoria o resarcitoria. Y a través de las decisiones judiciales se expresa la fuerza coercitiva del Derecho, en la medida que, muchas veces, impone conductas a las partes involucradas en un conflicto de intereses.

Ahora bien, producida una disyuntiva social que conduce a una controversia, ¿Cuál es la respuesta del Estado frente a la misma? Fundamentalmente, el poder público ejerce la *coertio*, entendida como una imposición de fuerza para que una decisión jurisdiccional firme se materialice y ejecute en sus propios términos.

Sin embargo, retrocedamos en forma puntual al escenario en el cual se suscita la incertidumbre jurídica. Las partes usualmente recurrirán a que un decisor racional- el juez- fije la solución de la controversia. Optarán, de ser el caso y alternativamente, por la conciliación, el arbitraje u otro medio alternativo de resolución de conflictos (MARC). Mas, si acuden a la vía judicial, el juez tendrá que emitir una decisión que ponga término a la diferencia producida.

Sin perjuicio de ello, ¿cómo se produce esa decisión judicial? La determinación de la misma es un camino muy complejo, que sigue varias etapas desde la óptica de la Teoría General del Derecho, la Filosofía del Derecho, pasando a anclar en la disciplina del razonamiento jurídico. Inicialmente, el juez determinará un esquema lógico para resolver su caso, luego optará por escoger los argumentos que servirán de base a la solución del problema y en este tramo, se produce ya una íntima interrelación con la actividad interpretativa. Determinadas estas actividades, el juzgador cumplirá su obligación de motivar a fin de que la comunicación de la decisión sea clara, sencilla y no contradictoria.

Ubiquémonos en la etapa interpretativa. Si establecemos que el Derecho no es una ciencia formal, sino fáctica, y que no trata de entes ideales ni sus objetos son formas, entonces ¿Representa el Derecho una ciencia o un arte? Para Marcial Rubio²¹, *“la interpretación jurídica es más un arte que una ciencia”*, dado que los criterios de interpretación son elementos generales que pueden aparecer en diversos métodos y los métodos combinan estos criterios de diversas maneras.

Acota, en el mismo planteamiento, que:

“En el fondo, nadie ha desarrollado una teoría integral y sistematizada de la interpretación jurídica (...) y la teoría de la interpretación no constituye un conjunto de reglas generalmente admitidas, con unidad metodológica y con capacidad de predecir un resultado dadas determinadas condiciones. Es decir, la teoría de la interpretación no constituye, propiamente hablando, una ciencia”.

Por consiguiente, no existen reglas fijas, inferimos, para emitir una decisión. ¿Es entonces la tarea que desarrolla el juez, al elaborar una decisión, un arte, en razón de ausencia de reglas científicas dada la condición de ciencia fáctica del Derecho? Nos inclinamos por coincidir parcialmente con Marcial Rubio, en atención a que resulta cierto que las reglas de interpretación no resultan uniformes en todos los casos y que no existe una solución científica para resolver problemas de derecho, al igual que en la lógica y las matemáticas. Sin embargo, desde la aparición de las primeras teorías de la argumentación jurídica en los años 50 del siglo pasado²²(Viehweg, Perelman, Toulmin, en una primera etapa, y MacCormick, Alexy y Atienza, en una segunda

²¹ RUBIO CORREA, Marcial. “La interpretación jurídica” en “El sistema jurídico. Introducción al Derecho”. Módulo de Razonamiento Jurídico. Academia de la Magistratura AMAG. Programa de Formación de Aspirantes 1997. Pág. 175.

²² ATIENZA, Manuel. “Las Razones del Derecho”. Palestra Editores. Lima 2004. Pág. 13.

etapa de teorías estándar de la argumentación jurídica), el esfuerzo ha sido sostenido por proveer a los decisores racionales de diversas herramientas para argumentar e interpretar los conflictos jurídicos. Bajo esta pauta, se han constituido, paulatinamente, elementos propositivos de resolución de conflictos que los propios jueces han ido adoptando sobre la premisa de cumplir un mandato constitucional: el deber de motivar, estatuido por el artículo 139 inciso 5 de la Constitución del Estado.

2.1.3. Necesidad de la interpretación jurídica

Ahora bien, ¿por qué interpretar? Martínez y Fernández²³, esbozan una respuesta que puede ayudarnos a ubicarnos en el problema:

- 1) *“ Muchos conceptos jurídicos no están definidos en la ley;*
- 2) *Las leyes solo contienen principios y líneas generales de regulación;*
- 3) *El lenguaje de las normas no puede ser sometido a una lógica matematizante que conduzca a resultados indiscutibles;*
- 4) *El principio “ in claris non fit interpretatio” hoy es rechazado tanto en el ámbito doctrinal como en el judicial;*
- 5) *Si el texto contradice la finalidad de la institución, será preciso interpretarlo.”*

La interpretación jurídica es entonces necesaria a efectos de resolver una controversia y su expresión más sólida la constituye la fase final del razonamiento jurídico, cual es la motivación del juez. Y para ello, el Juzgador acude a las reglas y normas contenidas en el ordenamiento jurídico.

La regla, en su expresión logística, va a expresar una premisa mayor (la norma), una premisa menor (un supuesto de hecho) y una conclusión (la consecuencia jurídica

²³ MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y FERNANDEZ SUÁREZ, Jesús. “Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica”. En “La interpretación jurídica” Módulo de Razonamiento Jurídico Academia de la Magistratura. 999. Compilación de Ricardo León Pastor. Pág. 55

aplicable). No obstante esta precisión, ¿qué sucede cuando estamos ante conflictos complejos cuya solución no es encontrada en las reglas? En dichos casos, debemos acudir a los principios y las analogías, que constituyen métodos de autointegración del derecho, o bien a la doctrina nacional o extranjera, que constituyen una herramienta de heterointegración.

En forma concurrente, nos referimos también a los criterios de interpretación, propiamente proposiciones de solución de los problemas, los cuales igualmente no resultan definitivos. Rafael Asís de Roig²⁴ grafica mejor esta posición al apuntar algunas cuestiones relativas a los mismos e indica:

“Se trata de criterios orientativos.(...) y si se analizan estos criterios, podremos observar que no son claros y, además, deben ser interpretados, problema que se complica al no existir regla alguna que nos indique cuándo debe prevalecer un criterio sobre el otro. En este sentido, se ha llegado a señalar la imposibilidad de jerarquizarlos, constatando además que todo criterio es reversible en su contrario”.

2.1.4. Problemas que enfrenta la interpretación

El esfuerzo del decisor racional apunta fundamentalmente a que su ejercicio interpretativo sea correcto. Si es así, cumplirá su rol de motivador en forma eficiente. Sin embargo, ¿y si tras una insuficiente interpretación, la motivación no ha sido ejecutada correctamente? En otros términos ¿qué sucede si la motivación no ha sido la adecuada?

El Tribunal Constitucional, en reciente sentencia²⁵, en el caso Giuliana Llamoya, ha

²⁴ ASÍS DE ROIG, Rafael. “Jueces y normas. La Decisión Judicial desde el Ordenamiento”. Marcial Pons; Madrid, 1995. Pág. 177.

²⁵ STC EXP. N. ° 00728-2008-PHC/TC. LIMA. Caso Giuliana Llamoya Hilares

desarrollado el tema de la motivación, precisando las situaciones contrarias a una debida motivación. Casuísticamente, el Tribunal ha clasificado supuestos inidóneos de motivación, los cuales tienen relación directa con un ejercicio insuficiente de interpretación. Veamos esos escenarios contradictorios con una debida motivación:

2.1.4.1. Inexistencia de motivación o motivación aparente

La inexistencia de motivación supone fundamentalmente que no hay explicación sustancial alguna por parte del juzgador respecto a la controversia. La motivación aparente, por su lado, no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o no se responde a los fundamentos sostenidos por las partes, o de ser el caso, se pretende cumplir formalmente con el mandato de motivación, alegando frases que no ostentan solidez fáctica ni jurídica.

2.1.4.2. Falta de motivación interna del razonamiento

El Tribunal Constitucional precisa que esta digresión ²⁶*“se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el Juez o Tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.”*

²⁶ STC 00728-2008-PHC/TC. F.J. 7b

2.1.4.3. Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas

El juez constitucional igualmente queda habilitado para revisar las decisiones de la justicia ordinaria cuando las premisas de las que parte el juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto implica una ausencia de conexión entre la premisa y la constatación fáctica o jurídica que le corresponde en el ordenamiento jurídico, a decir del Tribunal en la forma siguiente²⁷:

“Esto ocurre por lo general en los casos difíciles, como los identifica Dworkin, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el Juez o Tribunal en sus decisiones. Si un juez, al fundamentar su decisión: 1) ha establecido la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por “X”, pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de “X” en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento y de la decisión podrán ser enjuiciadas por el juez [constitucional] por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez.”

2.1.4.4. La motivación insuficiente

Aquí observamos un problema de gradualidad, es decir, el juez cumple con motivar pero lo hace de modo insuficiente. Debemos precisar que no se trata de dar respuesta, tampoco, a todas y cada una de las pretensiones de las partes, sino que la insuficiencia resultará relevante, desde una perspectiva constitucional, si la no existencia de argumentos o la expresada insuficiencia de razones, deviene manifiesta en contraposición de lo que fundamentalmente se decide.

²⁷ STC 00728-2008-PHC/TC F.J. 7c

2.1.4.5. La motivación sustancialmente incongruente

La incongruencia en la motivación supone un problema de desviación, o de manifiesta modificación o alteración del debate procesal, a lo que se denomina incongruencia activa. Sin embargo, una simple incongruencia no implica necesariamente una función de control. Por el contrario, la ausencia total de dejar sin respuesta las pretensiones de las partes, o desviar la decisión de la dirección del debate judicial generando indefensión, implica una trasgresión del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia, lo que se trasunta en incongruencia omisiva. En esencia, el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de decidir la pretensión puesta en su conocimiento, no omita, altere o se exceda en la definición de las peticiones incoadas.

El objeto de graficar estas anomalías de la motivación, si así lo podemos expresar, reside en que creemos prudente realizar un diagnóstico de cuáles problemas enfrentamos al interpretar y decidir.

Resolver problemas vinculados al principio de irrenunciabilidad, en consecuencia, va a exigirnos precisamente evitar estos problemas de motivación que no solo aluden a los jueces, sino a todos los estudiosos del Derecho que efectuamos constante interpretación de los conflictos jurídicos. De ahí la importancia de evitar escenarios contradictorios a una buena argumentación.

2.2. Referencias históricas

2.2.1. Contexto previo

¿Cómo surge la irrenunciabilidad de derechos? Los conflictos sociales de los siglos XIX y XX, entre ellos guerras, conquistas, transformaciones, y revoluciones ideológicas, entre otros fenómenos, implicaron el arraigo de la posición y la necesidad de que el legislador dictara una normatividad imperativa en cuanto a derechos, en clara oposición a la concepción individualista que predominó en los siglos que nos anteceden. El nuevo planteamiento consistió en que el trabajador no pudiera renunciar a los derechos, beneficios y prerrogativas consagradas por ley, dejándose a un lado el régimen individualista del dejar- hacer y dejar-pasar (*laissez faire et laissez passer*).

El resultado fue una intervención activa y permanente del Estado para proteger al trabajador. Y de gendarme y policía, el Estado pasa a ser un riguroso emisor de normas para garantizar derechos y prerrogativas a favor del trabajador. Dicho esquema proteccionista afianzado a lo largo de décadas, sin embargo, hace crisis particularmente en Europa, a raíz de la crisis económica producto del cese de la bonanza económica de los años sesenta y el recurrente inicio de la flexibilización de derechos laborales.

Las tendencias de flexibilización y desregulación de derechos laborales propiamente implicaron la supresión de ciertas instituciones laborales específicas así como normas antes arraigadas y establecidas en protección del trabajador. La flexibilización significó, a su vez, la adaptación de normas a circunstancias distintas, e hizo que derechos laborales antes estimados irrenunciables, se vieran precisados a reubicarse en el escenario de las relaciones laborales.

Jorge Toyama²⁸, al desarrollar un estudio acucioso del principio de irrenunciabilidad de derechos, refiere dos expresiones muy gráficas respecto al desandamiaje de los derechos laborales y refiere el concepto de “*huída del Derecho del Trabajo*”, una expresión de Rodríguez Piñero a propósito del proceso de deslaborización y transformaciones ocurridas en las últimas décadas, en tanto que señala otra expresión ilustrativa de Plá Rodríguez, y alude que “ *el Derecho del Trabajo está cambiando de sitio*”, una reflexión que de suyo tiene mucho que ver con el esquema de la flexibilización de derechos laborales.

Conforme señala el mismo Toyama²⁹:

“se aprecia en el Derecho Laboral un proceso de deslaborización en las relaciones contractuales por una serie de motivos concurrentes, un reconocimiento a la voluntad constitutiva de las partes en la determinación de sus relaciones jurídicas y una progresiva sustitución de normas imperativas mínimas heterónomas por otras dispositivas a título individual o colectivo. Estas modificaciones pueden estar erosionando las bases mismas de las relaciones laborales clásicas, de tal modo que, se dice, se impone la necesidad de una “readecuación” del enfoque de prestación subordinada y remunerada de servicios en régimen de ajenidad que tradicionalmente se enseñaba en las aulas universitarias.”

Frente a estos contextos, consecuentemente, el legislador constitucional recurre a la adopción de principios a efectos de que frente a estas tendencias de flexibilización,

²⁸ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “*El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales: normativa, jurisprudencia y realidad*” IUS ET VERITAS. Año XI N° 22. Junio 2001. Pág. 164. Obras referidas por el autor: RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel “*La voluntad de las partes en la calificación del contrato de trabajo: en Relaciones Laborales*” N° 18 Madrid 1996 pp. 3 y ss. Y PLA RODRÍGUEZ, Américo “*Personas protegidas, asegurados y beneficiarios*”. En AA.VV Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. AIBRTSS y ANAM, México 1997 Pág. 648.

²⁹ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Op. Cit. Pág. 164.

se constituyan “*techos mínimos*” en el ordenamiento jurídico y tal es el rol que le compete al principio de irrenunciabilidad, el cual en su expresión normativa actual, se halla plasmado en el artículo 26 inciso 2 de la Constitución vigente, conforme *supra* hemos indicado.

Factualmente nos encontramos hoy, entonces, entre un margen irrenunciable que es necesario difundir a nivel normativo positivo vía desarrollo legislativo del artículo 26 inciso 2 de nuestra *Lex Legum*. Por otro lado, el embate de la denominada modernidad que acarrea la flexibilización, nos pone en la disyuntiva de determinar cuál institución laboral cedería el paso para hacer más competitivo un Estado. El enfoque científico adquiere entonces relevancia en función a que el planteamiento descriptivo de esta Tesis Doctoral, nos va a permitir recoger evidencias de la realidad y contrastarlas con nuestras hipótesis de investigación, discriminando en su momento las variables que van a caracterizar los fenómenos investigados.

2.2.2. Autonomía privada

Aquí corresponde efectuar un enfoque interpretativo de los supuestos de renunciabilidad desde la posición inicial de la teoría de la autonomía de la voluntad, que rigió este aspecto de las relaciones laborales mucho tiempo desde el Derecho Civil.

Toyama³⁰ señala:

“La autonomía privada es una facultad de autorregulación de la cual gozan los sujetos privados, la misma que se constituye en uno los ejes centrales de toda estructura jurídica. Modernamente, no puede concebirse en sistema jurídico

³⁰ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Op. Cit. Pág. 165.

donde las personas se encuentren impedidas de celebrar o no negocios jurídicos: la contratación es la base de la economía moderna, de las relaciones sociales, del propio sistema laboral, etc.”

El acierto de la reflexión es relevante. El Derecho Civil, conforme a nuestra segunda hipótesis de trabajo respecto a los derechos renunciables, resulta amplio con relación a los derechos dispositivos. Los sujetos privados, al gozar de autonomía plena, tienen entera libertad contractual para disponer de sus derechos, figura inversa en el Derecho del Trabajo, caracterizado por un límite constitucional- legal respecto a la disponibilidad de derechos.

Acota Toyama³¹:

“De otro lado, es clásica la distinción dual acerca del contenido de la autonomía privada. De la Puente y Lavallo³² lo expresa de la siguiente manera: “la autonomía privada tiene un doble contenido: en primer lugar, la libertad de contratar (...) que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata, sabiendo que con ello se crean derechos y obligaciones; y en segundo lugar, la libertad contractual, llamada también más propiamente, libertad de configuración interna, que es la de determinar el contenido del contrato. A nivel constitucional, se reconoce expresamente ambas manifestaciones. En efecto, el numeral 14 del artículo 2 de la Constitución de 1993 señala que “Toda persona tiene derecho: (...) A contratar con fines lícitos, siempre que no contravengan leyes de orden público”. Así, en esta genérica disposición constitucional se reconoce tanto la libertad de contratar como la libertad contractual.”

³¹ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Op. Cit. Pág. 165.

³² DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *“El contrato en general”*. (primera parte, tomo I). Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992. Pág. 10.

La distinción entre libertad contractual y libertad de contratar tiene arraigo constitucional. Parte de un concepto de igualdad entre las partes para decidir los contenidos de contratación entre las mismas. Sin perjuicio de ello, la doctrina constitucional, en este rubro, también ha evolucionado notablemente y en una reciente sentencia, el Tribunal Constitucional³³, se ha pronunciado, desde una perspectiva de control de los derechos fundamentales, expresando lo siguiente:

“17. Por otro lado, como sucede con otros derechos fundamentales, la libertad contractual también se encuentra sujeta a límites. Este Tribunal ya ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto a los límites de la libertad de contratación en anteriores oportunidades. En efecto, ha precisado que “Así las cosas, el orden público al que hace alusión el artículo 2º, inciso 14, de la Constitución hace explícita la carga institucional de todo derecho fundamental que da lugar a que la libertad de contratación no pueda ser apreciada como una isla oponible a costa de la desprotección de otros derechos fundamentales. Por ello, en criterio de este Tribunal, en un Estado social y democrático de derecho (artículo 43º de la Constitución), el orden público y el bien común se encuentran instituidos en el propio contenido protegido del derecho fundamental a la libre contratación, actuando sobre él, cuando menos, en una doble perspectiva: prohibitiva y promotora. Prohibitiva en el sentido de que, como quedó dicho, ningún pacto contractual puede oponerse al contenido protegido de otros derechos fundamentales. Y promotora en cuanto cabe que el Estado exija a la persona la celebración de determinados contratos, siempre que, de un lado, no se afecte el contenido esencial del derecho a la libertad de contratación y, de otro, se tenga por objeto conceder debida protección a otros derechos fundamentales” (STC 2736-2004-AA, fundamento 11).”

³³ STC 03866-2006-PA/TC caso Faustino Meza Gutiérrez

Acota el Tribunal en la misma sentencia:

“Igualmente, se ha expresado que “Dicho vínculo –fruto de la concertación de voluntades– debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público”. (STC 0008-2003-AI, ya citada). Dentro de esos límites no está ausente una serie de circunstancias bajo las cuales se efectúa la contratación. A este conocimiento de ciertos hechos fácticos se suma que los contratos también se suscriben asumiendo una serie de “hechos jurídicos”; es decir, la creación, validez y eficacia de los contratos se sujeta a lo establecido en el ordenamiento. Aunque parezca demasiado obvio, la libertad de contratar, así como cualquier otra libertad, se encuentra circunscrita a las potencialidades o posibilidades de cada persona, en un tiempo y lugar dado.”

La autonomía de la voluntad, entonces, y a tenor de lo anteriormente afirmado, es objeto de limitación constitucional, a pesar de la concepción liberal y de libre disponibilidad que enuncia el Código Civil. Dicha libertad se va a caracterizar por ser objeto de un control determinado a nivel constitucional.

En lo que respecta a la normativa civil actual, corresponde tener en consideración a las fórmulas preceptivas de los artículos “140 (aplicable para los actos jurídicos en general), 1351 (aplicable para los contratos en relación a la libertad de contratar: creando, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas”; y 1354 (enunciado que consagra la libertad contractual) del Código Civil³⁴, los cuales fijan los supuestos base de la autonomía de la voluntad.

³⁴ Artículo 140 del Código Civil

Las referidas disposiciones se aplican supletoriamente a las relaciones laborales, es decir, a falta de disposición laboral expresa, en atención al artículo IX³⁵ del Título Preliminar del Código Civil)

En relación a los límites a la autonomía privada, Toyama³⁶ señala que:

“Por la autonomía privada, las personas pueden disponer de los derechos que les reconoce el ordenamiento jurídico sin que exista transgresión alguna a normas de orden público. En el Derecho Civil, la mayoría de los derechos son disponibles por las personas al permitirlo así las normas que reconocen tales derechos. El límite a la autonomía privada no está planteado en la capacidad de disposición de derechos sino en el ejercicio de derechos, a tal punto que,

El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

- 1.- Agente capaz.
- 2.- Objeto física y jurídicamente posible.
- 3.- Fin lícito.
- 4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Artículo 1351 del Código Civil

Noción de contrato

El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Artículo 1354 del Código Civil

Contenido de los contratos

Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

³⁵ Artículo IX Título Preliminar del Código Civil

Aplicación supletoria del Código Civil

Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza.

³⁶ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Op. Cit. Pág. 165.

para autores como Diez Picasso³⁷, el problema principal de la autonomía privada es un “problema de límites”. Sin duda, todo derecho tiene siempre límites, siendo éstos inherentes a aquéllos. No hay derecho que no tenga límites y que pueda ser utilizado de manera irrestricta. Por ello, el ejercicio de la autonomía privada debe ser tal que no colisione con normas de carácter imperativo o, como señala la doctrina, de orden público- el mismo que solo se puede determinar en cada caso-. Uno de los límites del Derecho Laboral a la autonomía privada es el principio de irrenunciabilidad.”

La enunciación de límites reviste actualidad, de la misma forma y como señalamos al inicio de esta Tesis, al desarrollar la perspectiva de análisis constitucional de la irrenunciabilidad de derechos laborales. La autonomía privada, en consecuencia, observa dos límites sustanciales en su aplicación: 1) A través de los límites propios, objetivos y naturales que surgen a partir del propio Derecho del Trabajo; y; 2) Como consecuencia directa de la actividad control que ejerce el Derecho Constitucional a través de las sentencias del supremo intérprete de la Constitución.

Gonzáles Hunt³⁸, a este respecto, indica:

“La autonomía de la voluntad (...) tiene en el Derecho del Trabajo un límite de mayor contenido que la genérica salvaguardia a la renuncia a los derechos inherentes a la persona, contenidos en el artículo 5 del Código Civil: “El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana, son irrenunciables y no pueden ser objeto

³⁷ DIEZ PICASSO, Luis. El concepto de autonomía privada. . En FORNO, Hugo y BARRETO, Percy. Derecho Civil 8: Contratos materiales de enseñanza. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991. Pág. 6

³⁸ GONZALES HUNT, César. Op cit. Pág. 136

de cesión”. Ciertamente, la distinta conceptualización del nivel de equiparidad entre las partes contratantes que distingue a ambos derechos, explica por qué para el Derecho del Trabajo el campo del principio de irrenunciabilidad se extiende más allá de la imperatividad de determinadas normas que consagran derechos y del carácter público de numerosas disposiciones reguladoras de las relaciones laborales.”

Conviene llamar la atención respecto a la salvaguardia genérica que enuncia Gonzáles Hunt, al referirse inclusive a un nivel base que dentro del Derecho Civil tiene relación con el derecho a la vida y derechos conexos, supuesto que nos habilita a concluir que no hay derechos totalmente disponibles en el Derecho Civil. Esto nos debe hacer concluir que no resulta tan cierta, entonces, la premisa de una existencia irrestricta de derechos disponibles en el Derecho Civil, supuesto que constituiría la diferencia con el Derecho Laboral. Bajo esta pauta, existen derechos mínimos, como el derecho a la vida, cuya naturaleza no resulta disponible y ello reviste una connotación de indisponibilidad que es importante tener en cuenta para fines de este estudio doctoral.

2.3. Noción jurídica

2.3.1. ¿Qué es el principio de irrenunciabilidad?

Resulta necesario esbozar algunas ideas centrales con relación a la noción del principio de irrenunciabilidad, ello a fin de delimitar el campo de las hipótesis de trabajo en esta Tesis Doctoral. Bajo esta pauta, la referida delimitación va a contribuir, con los conceptos doctrinarios aludidos, a reforzar la probanza de nuestra tesis central, la cual apunta a una identificación de los

escenarios contextuales de una aplicación ordenada del principio de irrenunciabilidad.

De la Villa Gil³⁹ proporciona una de las definiciones más clásicas e indica:

“El principio de irrenunciabilidad puede ser definido como la imposibilidad que tiene el trabajador para abandonar unilateral e irrevocablemente un derecho contenido en una norma imperativa”.

El mismo autor⁴⁰ le confiere otra dimensión y enuncia a una idea que nos va servir de referencia a lo largo de esta Tesis Doctoral:

“ En la doctrina española es usual la diferencia entre normas de derecho necesario absoluto, normas de derecho necesario relativo y normas de derecho dispositivo; de las primeras, surgen derechos indisponibles, en cualquier sentido, hacia arriba o hacia abajo, de las segundas, nacen derechos indisponibles hacia abajo, pero disponibles hacia arriba; de las últimas, finalmente, derivan derechos disponibles en un todo. Ante esta panorámica (...) los derechos a los que el trabajador no puede renunciar individual y válidamente son los nacidos de las normas de derecho necesario absoluto o de normas de derecho necesario relativo, salvo aquellos que, originados por éstas, se sitúan por encima de los mínimos imperativamente garantizados. “

El concepto antes aludido nos ubica ordenadamente respecto a cuál es la incidencia de los derechos indisponibles del trabajador. Para nuestro fin,

³⁹ DE LA VILLA GIL, Luis. Op. cit. Pág. 7

⁴⁰ DE LA VILLA GIL, Luis. Op cit. Pág. 8.

derecho irrenunciable es sinónimo de derecho indisponible. Al aludir nuestra hipótesis de trabajo a que los derechos irrenunciables provienen del enunciado constitucional previsto por el artículo 26 inciso 2 de nuestra Carta Magna, queremos introducir gráficamente una idea a través de la cual en una escala de 3 niveles, el nivel 2 pudiera representar el límite de los derechos indisponibles. Si nos encontráramos en el nivel 3, de los derechos disponibles, podemos objetivamente disponer hacia abajo y llegar al nivel 2 que representa el límite abstracto de la irrenunciabilidad. El nivel 1 significa un grado de infracción del principio de irrenunciabilidad en atención a que ha incurrido en la disposición de derechos indisponibles. Por lo tanto, será un acto cuya eficacia no deberá prosperar por manifiesta infracción del enunciado constitucional de irrenunciabilidad.

El maestro Plá Rodríguez⁴¹ refiere, en relación a la noción de irrenunciabilidad: *“la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el Derecho Laboral en beneficio propio”* y define como renuncia⁴²: *“a un acto voluntario por el cual una persona se desprende y hace abandono de un derecho a su favor”*.

Fernández López⁴³ refiere: *“Uno de los mecanismos más clásicos para garantizar la vinculabilidad y la aplicación de las normas laborales es el que tiende a impedir que el trabajador, en el contrato individual, las deje sin efecto, mediante la renuncia a las condiciones mínimas de trabajo que las normas le aseguran.”*

⁴¹ PLA RODRIGUEZ, Américo. *“Los principios del Derecho del Trabajo”*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1978. Pág. 118.

⁴² Ibidem. Pág. 118

⁴³ FERNANDEZ LOPEZ, M.F. GARRIDO PEREZ, E, GONZALES BIEDNA, E., RODRIGUEZ RAMOS, MJ, SANTANA GOMEZ, A. *“Temas de Derecho del Trabajo”*. Editorial Centro de Estudios Ramón Cáceres. 1994. Pág. 93.

En la misma línea de conceptos aludidos, afirma Neves Mujica⁴⁴:

“Un derecho puede nacer de una norma dispositiva o imperativa. En el primer caso, su titular puede decidir libremente sobre él. El acto que contenga esta decisión será de disposición. En el segundo caso, el titular del derecho no puede abandonarlo por su voluntad. Si lo hace, su acto será de renuncia. Mientras la disposición es válida, la renuncia, no. El Derecho del Trabajo está lleno de normas mínimas (imperativas hacia abajo y dispositivas hacia arriba), por tanto, los derechos reconocidos a los trabajadores son indisponibles para éstos respecto de su parte imperativa pero no de la dispositiva.”

Jorge Toyama⁴⁵ refiere:

“Resulta necesario apreciar la aplicación de los principios laborales. Uno de los principios más relevantes del Derecho Laboral es el principio de irrenunciabilidad de derechos que denota un rasgo esencial e inequívoco de la protección del Derecho Laboral a los trabajadores, en tanto supone la carencia de efectos de los actos de disposición de derechos contenidos en normas mínimas.”

Víctor Ferro Delgado⁴⁶ señala, por otro lado, lo siguiente.

⁴⁴ NEVES MUJICA, Javier. “Introducción al Derecho del Trabajo”. Ara Editores. Lima, 1997. Pág. 102.

⁴⁵ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales. Normativa, jurisprudencia y realidad.” Revista IUS ET VERITAS. Año XI. No. 22. Junio 2001. Pág. 164.

⁴⁶ FERRO DELGADO, Víctor. “El principio de irrenunciabilidad en la interpretación constitucional”. En “Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho peruano”. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez, 2004. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Pág. 111.

“El principio de irrenunciabilidad constituye un elemento central de la protección que el ordenamiento laboral confiere al trabajador, toda vez que carecería de eficacia que la legislación reconociera un conjunto de beneficios destinados a atenuar la condición de desigualdad entre el empleador y el trabajador, y simultáneamente se reconociese a éste la capacidad para renunciar o disponer de tales derechos. Es claro que en razón de su mayor poder de negociación, el empleador podría imponer como requisito para la obtención del empleo o para alcanzar mejoras en el mismo, que el trabajador se prive voluntariamente de los derechos consagrados por la ley o el convenio colectivo. Por ello la conceptualización sobre la existencia de que ciertos derechos laborales deben necesariamente ser salvaguardados, constituye la base de su indisponibilidad e irrenunciabilidad.”

Añadimos a estas primeras impresiones la opinión que brinda César Gonzáles Hunt⁴⁷, quien señala:

“El trabajador no puede desprenderse de determinados derechos y beneficios- que por su condición de indisponibles, por su carácter imperativo o por encerrar noción de orden público- resultan irrenunciables. Y, en caso así lo hiciere, tal privación de derechos será reputada como nula de pleno derecho e ineficaz. Repárese en que se trata de un acto voluntario y definitivo del trabajador de disposición de un derecho cierto de carácter imperativo, siendo indiferente al derecho si éste se exterioriza a través de declaración unilateral, un acto bilateral o cualesquiera otra forma. Por ello, supuestos como la ausencia del otorgamiento de un derecho por decisión unilateral del empleador o la sucesión normativa en clave desmejorativa, no configuran un supuesto que haga posible la aplicación del principio de irrenunciabilidad,

⁴⁷ GONZALES HUNT, César. Op. cit. Pág. 135.

toda vez que en ellos se encuentra la manifestación de voluntad del trabajador.”

Gómez Valdéz⁴⁸ refiere:

“La irrenunciabilidad de los derechos constituye un principio general del Derecho del Trabajo y se le asocia con la protección del más débil de la relación laboral, puesto que la ajenidad del trabajo impone una subordinación jurídica, en nombre de la cual es posible obtener situaciones desfavorables para el trabajador. Pero se da también, por el mismo carácter consensual del contrato de trabajo, que se hace más tangible en caso de crisis económicas estructurales, donde la secuela principal se advierte en el desempleo en todas sus variables; por lo tanto, es mucho más razonable, en estos embates, que el Derecho del Trabajo acuda en ayuda del trabajador, justificándose su presencia, nunca como ahora, para hacer necesario este principio; puesto que, de no ser así, los contratantes, que por su naturaleza son disímiles, uno de ellos- el más fuerte- podría aprovechar tal situación para menoscabar los derechos de su contraparte tanto en lo fundamental como en lo procesal.”

Las definiciones antes aludidas nos permiten identificar las nociones esenciales del principio de irrenunciabilidad. El diseño de investigación no experimental y transeccional- correlacional que realizamos en esta Tesis, nos permite, en consecuencia, apreciar en la realidad diversas variables de constatación y sus respectivos indicadores, entre ellos, las valoraciones de constitucionalidad de las obligaciones laborales para su identificación técnica como derechos irrenunciables, conforme a nuestra tercera variable de constatación.

⁴⁸ GOMEZ VALDEZ, Francisco. *“La Ley Procesal de Trabajo. Análisis secuencial, doctrinario, jurisprudencial y comparado.”*. Editorial San Marcos. Lima, 2006. Pág. 70

2.3.2. Caracteres de la renuncia de derechos

El principio de irrenunciabilidad de derechos, para ser aplicado, necesita ser contrastado con el acto de renuncia del trabajador. Vale decir, no funcionará la aplicación del principio de irrenunciabilidad en tanto no se produzca una condición previa habilitante que es la configuración de la renuncia. ¿Cómo debe expresarse esa renuncia?

La renuncia, de acuerdo a Ojeda Avilés⁴⁹, *“es una especie de la disposición que supone todo acto de desprendimiento de nuestro patrimonio de un bien, mediante enajenación, gravamen y renuncia”*.

Los caracteres de la renuncia, sujeta a irrenunciabilidad, son los siguientes:

2.3.2.1. Debe ser expresada por el trabajador

La renuncia debe consistir en un acto de manifestación de voluntad del propio trabajador y no del empleador. ¿Y por qué no de éste último?

Señala Jorge Toyama⁵⁰:

“En nuestra opinión, teniendo en cuenta que el principio de irrenunciabilidad se origina en la desigualdad entre las partes laborales y la necesidad de proteger al trabajador, está reservado únicamente para los actos de disposición de derechos de este último. En el caso propuesto, si el empleador

⁴⁹ OJEDA AVILÉS, Antonio. *“La renuncia de derechos del trabajador”*. Madrid. IEP, 1971. Pág. 30.

⁵⁰ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Op. cit. Pág. 166.

renuncia a sus facultades de dirección, podría “deslaborizarse” la relación laboral y encontrarnos ante un vínculo posiblemente de carácter civil, pero no nos encontramos ante un caso referido al principio de irrenunciabilidad”.

A juicio nuestro, es importante reiterar que el acto de disposición debe corresponder al trabajador, dada su condición de titularidad del derecho laboral. ¿Qué sucede si dispone del derecho la organización sindical? Creemos que no hay aplicación del principio de irrenunciabilidad. La entidad sindical goza de la legitimación necesaria mínima si el trabajador es sindicalizado. Constituye excepción a esta situación que el sindicato pudiera eventualmente disponer de derechos irrenunciables. En vía de ejemplo, el sindicato no podría pactar que los trabajadores pudieran percibir, a cambio de un beneficio de condiciones de trabajo, una suma menor a la remuneración mínima vital.

2.3.2.2. Acto de disposición debe ser irrevocable y unilateral

Siguiendo a de la Villa Gil, Toyama⁵¹ señala:

“La renuncia de derechos del trabajador debe ser irrevocable, esto es, incondicional y definitiva. Nos explicamos. El acto de renuncia del trabajador puede ser temporal—renuncia a la percepción del beneficio por un mes-, lo trascendente es que el solo acto del trabajador suponga la disposición incondicional de ese derecho.”

Acota Toyama⁵², en relación al carácter de unilateralidad:

⁵¹ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Op. cit. Pág. 166.

⁵² TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Op. cit. Pág. 166.

“(...) Es el trabajador quien prescinde de un derecho: el acto- claro y contundente- no normativo del trabajador que dispone de un derecho previsto en una norma imperativa (...). Lo relevante es que se trate de un acto de disposición del trabajador a un derecho que puede encontrarse en un acto unilateral o bilateral.”

La definitividad de la disposición es una nota relevante del acto de renuncia. Una condicionalidad de temporalidad desvirtuaría el acto de disposición porque entenderíamos, que si hubiera condición temporal de suspensión de un derecho, entonces concluido el período de exclusión de percepción de un derecho, ya no hay irrenunciabilidad.

2.3.2.3. Inaplicabilidad de la renuncia tácita o presunta

Siguiendo a de la Villa, Toyama⁵³ señala:

“No constituyen supuestos de renuncia el no ejercicio de un derecho por el transcurso del tiempo ni la renuncia tácita o presunta. Debe tratarse, pues, de un acto expreso y claro del trabajador que disponga de un derecho.”

La alusión resulta objetiva respecto a la validez del acto del trabajador. De no concurrir la condición de validez, no hay configuración del supuesto de renuncia y en tal caso, no deviene aplicable la irrenunciabilidad. De existir vicios de la voluntad⁵⁴- error dolo, violencia, intimidación- tales circunstancias

⁵³ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Op. cit. Pág. 167.

⁵⁴ Artículo 221 del Código Civil

El acto jurídico es anulable:

determinan la anulabilidad del acto jurídico, y bajo otros supuestos la nulidad del mismo, mas no supondrán la necesaria condición habilitante de determinación de un supuesto de renuncia.

2.3.2.4. Reconocimiento del derecho en una norma imperativa

Precisa Toyama⁵⁵:

“Bastará la existencia del derecho para que el acto de disposición del trabajador pueda calificar como irrenunciable, sin que se requiera que el trabajador cuente con los requisitos previstos en la normatividad para el goce efectivo del referido derecho. (...). Así, antes, durante y después de la relación laboral rige el principio de irrenunciabilidad”.

Hubiera podido configurar algún tipo de duda que no funcione la irrenunciabilidad si el derecho es de anterior data al contrato de trabajo. La reflexión a la que llegamos es obtenida por descarte en la siguiente forma: la naturaleza del derecho irrenunciable existe independientemente de la entrada en vigencia del contrato de trabajo. Su naturaleza trascendente hace que el derecho sea irrenunciable en todas las facetas de la relación laboral; *ergo*, ya existe la irrenunciabilidad en el nivel de derechos indisponibles, antes de que las partes acuerden las condiciones contractuales de trabajo.

2.3.3. Legislación

-
1. Por incapacidad relativa del agente.
 2. Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.
 3. Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.
 4. Cuando la ley lo declara anulable.

⁵⁵ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Op. cit. Pág. 167.

Hemos de considerar las siguientes herramientas que justifican el marco regulatorio de la irrenunciabilidad:

- **A nivel constitucional**

La Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 26 inciso 2, el cual señala: “En la relación laboral se respetan los siguientes principios: (...) 2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.”

Aún cuando como *supra* hemos ya reseñado que la fórmula constitucional no es precisa, conviene dejemos en claro que constituye propuesta de esta Tesis Doctoral el desarrollo infraconstitucional de la irrenunciabilidad de derechos, vía un anteproyecto de ley.

- **A nivel legal**

- Ley 9463, del 17 de diciembre de 1941, la cual fija la factibilidad de la reducción de remuneraciones aceptadas por servicios ya prestados, no debiéndose perjudicar los derechos adquiridos.

2.3.4. Ámbito subjetivo

Resulta pertinente aquí definir los conceptos de irrenunciabilidad y renunciabilidad, y hacer un examen de las categorías conceptuales de los sujetos que pueden renunciar: el trabajador o su organización sindical, los caracteres del acto materia de renuncia, esto es, si la renuncia involucra derechos vinculados y tratados internacionales, derechos reconocidos a nivel constitucional si se trata de leyes, de un lado, cuidando de establecer

conceptualmente las debidas excepciones a considerar, y de otro lado, si se trata de leyes que facultan aspectos dispositivos, de convenios colectivos, de contratos de trabajo o de costumbres, definiendo a su vez conceptualmente las excepciones a dichos rubros.

2.4. El principio de irrenunciabilidad y otros principios

2.4.1. Los principios constitucionales de la relación laboral

Definido qué entendemos por principio, es pertinente pretender describir cómo interactúan los principios laborales desde una visión del Derecho Constitucional.

A este efecto, una definición razonable del concepto de principios laborales no la brinda el Tribunal Constitucional⁵⁶ cuando señala:

“Son aquellas reglas que informan la elaboración de las normas de carácter laboral, y que sirven de fuente de inspiración directa o indirecta en la solución de conflictos, sea mediante la interpretación, aplicación o integración normativa.”

Resulta importante observar, respecto a lo afirmado, que la inspiración directa o indirecta no involucra un criterio de discrecionalidad total o libre albedrío del decisor. Por el contrario, en un Estado neoconstitucional como el de hoy, en la definición de Prieto Sanchís⁵⁷, en el cual los rasgos más sobresalientes son: *“más principios que reglas, más ponderación que subsunción, (...) y la coexistencia de una constelación plural de valores, (...)”*, existen, a nuestro juicio, medios racionales que exigen a los decisores, mucho más a los jueces que resuelven conflictos laborales, que a su vez

⁵⁶ STC 0008-2005-PI/TC. F.J. 20

⁵⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis. *“Neconstitucionalismo y ponderación judicial”*. Publicado en: Anuario de la facultad de derecho de la universidad autónoma de Madrid 5,2001.

exigen respuestas racionales. En esa forma, la interpretación, aplicación e integración normativa constituyen medios para definir las controversias y su tratamiento ha merecido todo un análisis aparte, dada la importancia de delimitar conceptual y procedimentalmente cómo llegamos a la conclusión de aplicar ciertos principios de la relación laboral en una controversia de trabajo.

Sin perjuicio de esa labor del contenido interpretativo, creemos importante fijar algunas líneas conceptuales respecto al artículo 26⁵⁸ de la Constitución, en tanto el principio de irrenunciabilidad va a ser nuestro insumo de trabajo en el planteamiento de las hipótesis de trabajo de esta Tesis y en la contrastación de las mismas.

Efectuadas algunas distinciones relevantes con relación al principio de irrenunciabilidad, el artículo 26 de la Constitución contempla otros 2 principios: el de igualdad de oportunidades sin discriminación y el de interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.

I

Respecto al principio de igualdad de oportunidades sin discriminación, señala nuestro supremo intérprete⁵⁹:

“Este principio asegura la igualdad de oportunidades de acceso al empleo, es decir, obliga a que la conducta ya sea del Estado o los particulares, en relación a las actividades laborales, no genere una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria”

⁵⁸ Artículo 26 de la Constitución

En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

1. Igualdad de oportunidades sin discriminación.
2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.
3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.

⁵⁹ STC 0008-2005-PI/TC Caso Ley Marco del Empleo Público. F.J. 23

Con relación al principio de interpretación favorable al trabajador, señala el Tribunal Constitucional⁶⁰:

“Nuestra Constitución impone la interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma, ya sea porque su contenido sea incierto o indeterminado. Esto quiere decir, que para la aplicación del referido principio debe existir un conflicto de interpretación de una norma jurídica, la que mismas que al interpretarle ofrece varios sentidos, por lo que se debe adoptar como sentido normativo aquél que ofrece mayores beneficios al trabajador.

Estos 2 principios conjuntamente con el principio de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, configuran un haz de fuentes de inspiración para la resolución de conflictos laborales.

2.4.2 Diferencias con el principio de norma más favorable y de condición más beneficiosa

Resulta necesario establecer los ámbitos de interacción de los principios de norma más favorable y condición más beneficiosa, en razón de los distintos significados que involucran. Veamos cuáles son las diferencias más relevantes.

2.4.2.1. Con el principio de norma más favorable

Conforme al artículo II⁶¹ del Título Preliminar de la Ley Procesal de Trabajo, podremos acudir al principio de norma más favorable cuando exista más de

⁶⁰ STC 0008-2005-PI/TC Caso Ley Marco del Empleo Público. F.J. 21

una norma aplicable a un determinado hecho. Es decir, en caso de conflicto entre dos o más normas, se preferirá a la que conceda mayores ventajas al trabajador o trabajadores afectados.

Existen a su vez límites a considerar respecto a la aplicación de este principio⁶²:

“Límites materiales. El conflicto supone la regulación simultánea de un mismo hecho por varias normas divergentes en su contenido, pero válidas en su forma. No se aplica el principio cuando la supuesta norma más favorable excede los límites que la fije el propio ordenamiento. Por ejemplo, cuando una norma invade una competencia que no le es propia, o cuando una norma no sigue el procedimiento señalado para su producción por el ordenamiento correspondiente, en estos casos la norma (que entra en conflicto con otra) resultaría inválida, debiendo ser inaplicada, con lo que el conflicto desaparecería, independientemente de si la norma que queda sea o no más favorable que la norma inválida.”

El principio de irrenunciabilidad de derechos exige una situación de hecho ante la cual se debe decidir si se aplica el contenido constitucional de indisponibilidad; el principio de norma más favorable, en cambio, exige la concurrencia de normas.

2.4.2.2. Con el principio de condición más beneficiosa

Los materiales de estudio de la Academia de la Magistratura, correspondientes al VI PROFA, en relación al enfoque de este principio, enuncian⁶³:

⁶¹ Artículo II Título Preliminar de la Ley Procesal de Trabajo

El Juez, en caso de duda insalvable sobre los diversos sentidos de una norma o cuando existan varias normas aplicables a un caso concreto, deberá interpretar o aplicar la norma que favorezca al trabajador.

⁶² ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. Módulo Derecho Laboral, Colectivo del Trabajo y Proceso Laboral. Programa de Formación de Aspirantes. 2004. VI Curso. Pág. 12.

“El principio de condición más beneficiosa es el único que no tiene un reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento. Supone la conservación de mejores ventajas o derechos alcanzados por un evento anterior frente a otro posterior que pretende su eliminación o sustitución peyorativa (...) El principio de condición más beneficiosa puede operar para resguardar las condiciones más beneficiosas de origen contractual cuando pretenden ser modificadas por el empleador de manera unilateral.”

Existe acercamiento entre este principio y la figura de la irrenunciabilidad de derechos en cuanto enfocan hechos, mas hay una diferencia sustancial: el principio de condición más beneficiosa resguarda situaciones de origen contractual, en tanto que la irrenunciabilidad de derechos tiene un contenido mucho más amplio: abarca el discernimiento de derechos desde una óptica también constitucional, puede involucrar el examen de normas y hechos, etc. Su examen resulta mucho más amplio.

2.5. Doctrinas teóricas abordadas en relación a la irrenunciabilidad

La teoría es la finalidad última de la investigación científica, en consideración a que trata con hechos reales.

Son funciones de las teorías, según Hernández Sampieri⁶⁴, las siguientes:

“1. (...) Explicar, decir por qué, cómo y cuándo ocurre un fenómeno.

⁶³ ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. Op. Cit. Pág. 12

⁶⁴ HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto. FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos y BAPTISTA LUCIO, Pilar. Op. Cit. Pág. 89.

2. *Sistematizar o dar orden al conocimiento sobre un fenómeno o una realidad, conocimiento que en muchas ocasiones es disperso y no se encuentra organizado.*
3. *La predicción, es decir, hacer inferencias a futuro sobre cómo se va a manifestar u ocurrir un fenómeno, dadas ciertas condiciones. (...)*

Una teoría es útil porque describe, explica y predice el fenómeno, contexto, evento, o hecho al que se refiere; además de que organiza el conocimiento al respecto y orienta la investigación que se lleva a cabo sobre éste, y porque informa y ayuda a describir o a contextualizar situaciones.”

Delimitados estos criterios, resulta necesario que abordemos las teorías vinculadas a la irrenunciabilidad de derechos laborales, desde el plano en que bajo un criterio amplio, la irrenunciabilidad constituye un reconocimiento taxativo, sin lugar a exclusiones, pasando luego por la influencia de una teoría flexibilizadora que revierte la tesis de amplitud de la irrenunciabilidad, hasta una teoría de patrimonialidad y derechos renunciables que en suma configura mejor cuándo nos encontramos frente a derechos disponibles.

Hacemos una referencia a la teoría de los derechos adquiridos y los hechos cumplidos, en el propósito de contextualizar y delimitar cuál es el criterio imperante a nivel de Tribunal Constitucional en el reconocimiento de derechos irrenunciables.

2.5.1. Teoría de la irrenunciabilidad de derechos

Sala Franco⁶⁵ sostiene: *“Debe presumirse que, salvo declaración expresa en contrario, todas las normas del Derecho del Trabajo, independientemente de su fuente de producción, son imperativas y, por ende indisponibles.”*

El matiz aquí enunciado es netamente proteccionista y parte del supuesto de que todos los derechos laborales deberían ser irrenunciables. Si así fuera, no habría conflicto real de normas ni hechos, en atención a que toda incertidumbre aparente, sería resuelta bajo la perspectiva literal de que en todas las circunstancias, funciona el principio de irrenunciabilidad.

Gómez Valdéz⁶⁶ señala:

“ por siempre la irrenunciabilidad de los derechos laborales se ha circunscrito a todos los derechos de los trabajadores sin ninguna excepción, en el entendido de que las normas legales y dentro de las constitucionales, son solo un mínimo social indispensable para nuestra convivencia social, y , pertenecen a las efímeras fuentes de origen estatal que, como se sabe, con suma facilidad son superadas por los contratos individuales de trabajo, convenios colectivos, y usos y costumbres, etc.; conformantes, estas últimas, de las ricas e inacabables fuentes sociales y profesionales que inspiran las contrataciones laborales. “

Por otro lado, la teoría de la irrenunciabilidad de derechos se refuerza en un claro matiz constitucional, remontándose a la dación de las primeras constituciones modernas que establecieron como derechos de primera generación, dentro de la gama de derechos civiles y políticos, las libertades

⁶⁵ SALA FRANCO, Tomás y otros. *“Derecho del Trabajo”*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1992. Pág. 295.

⁶⁶ GOMEZ VALDEZ, Francisco. Op. Cit. Pág. 71.

del individuo, contextualizando en esa posición, todos los derechos a los que debía tener acceso el hombre por su condición de ciudadano.

Una vez definidos con más propiedad los alcances de los derechos de primera generación, atribuyéndose su naturaleza a derechos humanos fundamentales, se produjo una segunda oleada de derechos que definieron con más propiedad una nueva generación de derechos: los de naturaleza económica, social y cultural, englobándose dentro de estos últimos los derechos de naturaleza laboral. Sobre este particular, es Fabián Novak⁶⁷ quien nos da una referencia más precisa en los términos siguientes:

“Estos son los denominados derechos económicos, sociales y culturales, los cuales se deducen del valor igualdad. La reivindicación de estos derechos fue fruto de los movimientos sociales en la búsqueda de un Estado social de Derecho. Son llamados también derechos positivos pues, a diferencia de los derechos de primera generación, estos demandan una acción por parte del Estado que connote la garantía de este derecho a través de la satisfacción de necesidades de carácter económico, asistencial, educativo y cultural, es decir, el Estado actúa como promotor o protector de estos derechos. El derecho al trabajo, a la seguridad social, a la protección de la salud, a la cultura y a la educación, son obvios ejemplos de esta generación. “

La irrenunciabilidad de derechos, bajo esta pauta, se guió como esencia del Derecho Natural, como un acceso del hombre a todo lo que le corresponde por la figura de un *deber ser*, es decir, por cuanto el hombre por su condición de tal, debía gozar de todas las preeminencias de su condición natural de ciudadano del mundo.

⁶⁷ NOVAK, Fabián y NAMIHAS, Sandra. *“Derecho Internacional de los Derechos Humanos”*. Academia de la Magistratura. Primera edición, Lima, 2004. Pág. 39

Las constituciones modernas recogen la esencia de que los derechos humanos deben propender a una mejora de la condición de la naturaleza del ser humano, diferenciando entonces una naturaleza mínima de derechos, entre los cuales se encontraba la posición de que aquello que era ganado por el trabajador, bajo una relación de trabajo en la cual entregó su fuerza de trabajo en calidad de prestación, generaba que le correspondiera un derecho al cual no podía ni debía renunciar, en condiciones determinadas. Adquiere entonces la fisonomía de esta teoría una vinculación directa a conservar y propender a mejoras continuas y cada vez mayores en el desarrollo del ser humano.

Como hemos ya referido, la Constitución del Perú del año 1993 en su artículo 26 inciso 2, recoge la teoría de la irrenunciabilidad de derechos al reconocer carácter irrenunciable a los derechos reconocidos por la Constitución y la ley. El propio matiz de irrenunciabilidad le confiere entonces a este beneficio que el trabajador, aún cuando optara por renunciar a un derecho ganado frente a su empleador, no podrá hacerlo pues la Constitución y la ley se lo impiden. Se configura entonces que, aún en caso de renuncia material, devengue la misma en nula y en consecuencia no aplicable dicha renuncia respecto de ese derecho que el trabajador ha querido soslayar voluntaria o involuntariamente en perjuicio propio.

La teoría de la irrenunciabilidad adquiere, por ende, una posición de rigidez, sobreponiéndose a la propia voluntad de las partes, y adquiere la naturaleza de pacto principal, por encima incluso de lo que pudieran convenir empleador y trabajador.

En el sentido expuesto, es necesario definir los supuestos de excepciones de renunciabilidad, los cuales de primera intención, propone este trabajo, se centran fundamentalmente en la disposición que asigne naturaleza dispositiva al beneficio, así como supuestos de convenios colectivos, contratos de trabajo y costumbre, diferenciando debidamente cada uno de ellos.

2.5.2. Teoría de la flexibilización laboral

Bronstein⁶⁸ desarrolla un estudio sistemático de esta teoría y afirma:

“La flexibilidad, antes que un concepto formulado en términos afirmativos es una reacción con respecto a una institución, alguna práctica del mercado de trabajo que se supone rígida. Del “Informe Dahrendorf” se desprende una definición muy utilizada por la cual la flexibilidad: “es la capacidad de los individuos en la economía y en particular en el mercado de trabajo de renunciar a sus costumbres y de adaptarse a nuevas circunstancias”. Sin embargo, esta definición abarca aspectos sociológicos y psicológicos de la flexibilidad, pero no tiene verdaderamente un contenido normativo (...) Se debería abordar el problema relacionando a la flexibilidad con algún principio fundamental del Derecho del Trabajo. “

Acota el mismo autor: ⁶⁹

“Sin embargo, esta definición destaca los aspectos sociológicos y psicológicos de la flexibilidad, pero no tiene verdaderamente un contenido normativo. Por lo que si se

⁶⁸ BRONSTEIN, Arturo. *“La Flexibilización del Trabajo. Panorama General”*, en AA.VV. *“La Flexibilización del Trabajo. Un Estudio Internacional”*, Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado, Barquisimeto, 1990. Pág. 1

⁶⁹ BRONSTEIN, Arturo. Op. cit. Pág. 1

pretende definir algún concepto jurídico parece necesario ir más allá de la definición de Dahrendorf. Se debería abordar el problema relacionado a la flexibilidad con algún principio fundamental del derecho del trabajo, que se supone lleva implícito ciertos elementos de rigidez: se destacan las relaciones (oposición) que existen entre los postulados de la flexibilidad y el principio protector que anima al Derecho del Trabajo. El principio protector conlleva la inderogabilidad e irrenunciabilidad de ciertos derechos consagrados por la legislación social. En derecho del trabajo la libertad de contratar no puede ejercerse en menoscabo de ciertas normas legales mínimas, que han sido establecidas para proteger al trabajador. En cambio, los planteamientos sobre la flexibilidad nos dicen que en el Derecho del Trabajo hay demasiada protección y poca libertad. Se ha pensado demasiado en proteger al trabajador y demasiado poco en proteger la viabilidad económica de la empresa, que al fin y al cabo es su fuente de trabajo. De esa hiperprotección han nacido rigideces. Estos males se deben combatir atacando aquella reglamentación que ha creado las rigideces. En definitiva, lo que piden los planteamientos flexibilizadores es que haya más posibilidades de regulación en manos de las propias partes y menos en las del Estado, y que el Derecho del Trabajo cumpla ante todo una función de “regular” la relación laboral antes que de “proteger” al trabajador.”

Enuncia luego un concepto propio y señala⁷⁰: “La flexibilidad laboral consiste en la posibilidad de ofrecer mecanismos jurídicos que permitan que la empresa ajuste su producción, empleo y condiciones de trabajo a las fluctuaciones rígidas y continuas del sistema económico.”

⁷⁰ BRONSTEIN, Arturo. Op. cit. Pág. 2

Es propio señalar que esta teoría de la flexibilización, a partir del enfoque de Bronstein, constituye el eje de cambio de la posición de rigidez de las relaciones laborales a nivel internacional, y adquiere relevancia a partir de⁷¹:

“los grandes cambios económicos, estructurales y tecnológicos que comenzaron a darse en Europa a partir de los años sesenta. Al concluir la segunda Guerra Mundial los países de Europa Occidental entraron en una larga fase de treinta años de crecimiento económico. El tipo de economía de la época implicaba la utilización de importantes contingentes de mano de obra, razón por la que se generó una economía de plena ocupación, susceptible de favorecer las alzas en los salarios. Esta época se caracterizó por un apreciable progreso social cuantitativo (mejoras salariales) y cualitativo (normativa protectora). Estos progresos tuvieron proyecciones no solo sociales sino también políticas, ya que estos formaron parte de los atributos de lo que se consideró el arquetipo del Estado moderno de la segunda mitad del siglo XX, el “Estado providencia”, “Estado benefactor” o “Estado de bienestar social”. Este progreso suponía cargas financieras que los empleadores sólo podrían afrontar en un entorno de crecimiento económico sostenido. A partir de los años sesenta los cambios tecnológicos hicieron disminuir los insumos de trabajo necesarios en los procesos productivos. Muchos sectores económicos debieron hacer reestructuraciones industriales y reorganizar la fuerza de trabajo que las empresas podían mantener. La competencia internacional, que hasta entonces se daba dentro de la “economía internacional cerrada”, sufrió las consecuencias de la irrupción de las nuevas potencias industriales del Pacífico, con industrias mas modernas y mano de obra más barata, muy motivada y de alta calidad. La crisis de energía de los años sesenta no hizo mas que agravar la situación.”

⁷¹ BRONSTEIN, Arturo. Op. cit. Pág. 2

Los fenómenos aludidos introdujeron en las relaciones humanas laborales, una posición de menor rigidez y consecuentemente flexibilización de los derechos laborales. En cuanto estos fenómenos ocurren, se produce un cambio en la posición de valoración de los derechos del trabajador: de haberse establecido que hay derechos ganados por parte del trabajador en toda relación laboral formal, se deriva a una posición en la cual existe un cuestionamiento a la naturaleza de esa denominación de irrenunciabilidad, para establecer una variante de análisis más moderada de la ponderación de los derechos del trabajador.

La crisis política internacional, a raíz de los factores antedichos, cambia entonces la forma de conducir la relación de trabajo: a partir de las crisis estructurales de los años ochenta y noventa, el panorama económico se transforma sustancialmente, y lo que era un derecho laboral relativamente inamovible, se convierte en un rubro a ser discutido entre empleadores y trabajadores para definir la vigencia de dicho derecho.

Comienzan a abundar, consecuentemente, los contratos *free lance*, sin ningún tipo de beneficio, se comienza a aplicar programas de reducción de personal en muchas empresas, y los trabajadores, acostumbrados a la percepción de que sus puestos de trabajo eran una plaza segura, comienzan a especular con la posibilidad de que ellos pueden ser a su vez sujetos de un proceso de reestructuración inmediato o mediato. Marcada excepción siempre la constituyó, aunque la crisis significó un nivel de influencia, el trabajo de por vida japonés, según Coriat⁷². En efecto, Japón implementó un sistema

⁷² CORIAT, Benjamín. “*Pensar al Revés: trabajo y organización en la empresa japonesa*”. Siglo XXI Editores, 1995, 163 p.

especial de trabajo⁷³, a causa de los efectos devastadores de la Segunda Guerra Mundial para su economía. No obstante ello, en la actualidad el sistema ha sufrido modificaciones flexibilizadoras, como ha ocurrido en todas las economías del mundo.

Si bien es cierto que la posición negocial del trabajador fue hasta entonces, que era dueño del puesto de trabajo, la flexibilización hace derivar la antigua concepción a que ya no se es más dueño de la plaza de trabajo en la concepción anterior, sino tan sólo poseedor temporal de dicha plaza de trabajo.

La concepción de la pertenencia y propiedad del puesto de trabajo, evoluciona a una situación de incertidumbre general y es aquí que la posición rígida de ser dueño del puesto de trabajo deviene en que resulta más conveniente perder parte de los derechos ganados y antes calificados de rígidos, inalterables y por consiguiente, irrenunciables. Es aquí que la tendencia internacional se generaliza y las relaciones de trabajo pierden, en el contexto internacional, su margen de rigidez y ello se expresa con más propiedad en el espacio geográfico latinoamericano, en el cual por excelencia las legislaciones propendían a mantener cierta base de derechos.

El “empleo de por vida”, es un concepto sólo existente en las grandes empresas de Japón, y tendiente a desarrollar técnicas de retención de mano de obra (que fue muy útil después de la 2da. Guerra Mundial, y en la época de crecimiento rápido). Pero el sistema dispone de flexibilidad que se utiliza cuando se necesita.

⁷³ Empleo de por vida y salarios basados en la edad y antigüedad

Las empresas japonesas contratan a sus trabajadores cuando están recién egresados de una escuela o universidad y sin que tengan un perfil especializado, aunque la habilidad básica es esencial. Este hecho puede atribuirse a que la producción en masa ocupó rápidamente un lugar preponderante en las empresas japonesas de la posguerra. Con el propósito de capacitar a sus empleados, las compañías ofrecen experiencia in situ, o bien invierten en educación y capacitación propia para los recién contratados. Naturalmente, pasan varios años antes de que estos nuevos empleados sean eficientes. A cambio, los trabajadores tradicionalmente esperan mantenerse en el mismo trabajo hasta que alcancen la edad obligatoria para el retiro (generalmente 60 años). Cuando llega la jubilación, reciben una suma de dinero además de una pensión de la compañía. Cuando el negocio está deprimido, se tiene que liquidar a los empleados regulares sólo como último recurso. Fuente: <http://www.mx.emb-japan.go.jp/sp/japon/info-sociedad-economia-empleo-prevsoc.htm>

Las posiciones rígidas del Derecho Laboral, a tenor de lo señalado, fueron cediendo poco a poco frente a la envergadura de los fenómenos internacionales que devinieron en elementos de variación de la posición sobre todo de políticas laborales de Estado frente a los trabajadores.

Es de esta forma que la estabilidad laboral evoluciona a una estabilidad de salida, en el concepto moderno, en la medida que se configuran causales para extinguir la relación laboral por razones que antes no se manejaban en un contexto de rigidez, siendo una clara expresión de ello que hoy en día la extinción de la relación laboral también se produzca, junto a razones de conducta del trabajador, igualmente por razones de capacidad del trabajador, en tanto que antes sólo existían causales restringidas por conducta del trabajador.

2.5.3. Teoría de los derechos patrimoniales y de libre disposición renunciables

La teoría opuesta a la irrenunciabilidad de derechos, de renunciabilidad de derechos, la cual hacemos nuestra, resulta una consecuencia lógica de la teoría de la flexibilización de los derechos laborales. En efecto, observemos bien las secuencias: de la teoría de rigidez de las relaciones laborales o propiamente de un esquema de irrenunciabilidad, pasamos a una etapa contrapuesta de flexibilización de derechos laborales, significando ésta un primer paso en la desregulación de los derechos del trabajador. Como consecuencia de la flexibilización, se instituye un esquema de mayor disposición de derechos, los cuales esta teoría recoge.

La posición de libre disposición renunciable se convierte, en consecuencia, en una herramienta de aplicación de los derechos que pueden ser objeto de renuncia: vemos así que si bien es cierto que la flexibilización de derechos laborales instituyó un esquema genérico de premisa de partida para desregular derechos del trabajador, era necesario contar con una herramienta eficaz para materializar la restricción de beneficios laborales. De esta forma, la práctica jurisprudencial peruana fue identificando la evolución de un esquema de irrenunciabilidad de derechos de modo irrestricto, a una nueva estructura que fue admitiendo que bajo la figura de la libre disponibilidad, entonces deviniera procedente renunciar a ciertos derechos laborales.

Inclusive se fue adoptando la idea de que bastaba una simple renuncia del trabajador para que el beneficio o derecho reconocido ya no le fuera otorgado. Resulta evidente que esta última posición desnaturalizaba la renuncia, en atención a que no se trataba de asumir un esquema de simple renuncia, sino de fijar las pautas a través de las cuales se definiera con más propiedad cuándo un derecho tenía la naturaleza de renunciable.

La jurisprudencia, por otro lado, no brindó los aportes suficientes en la perspectiva de esclarecer el tema por completo. Sí se esbozaron mínimamente, sin embargo, algunos criterios que permitieron manejar cuándo un derecho asumía la naturaleza de renunciable, asumiendo los caracteres de titularidad de los derechos renunciados, la naturaleza de la norma a renunciar y el sujeto que dispone la renuncia. A este respecto corresponde también señalar que la patrimonialidad del derecho es un aspecto secundario en tanto que el carácter dispositivo del acto sí es relevante.

2.5.4. Teoría de derechos adquiridos y teoría de los hechos cumplidos

Resulta necesario hacer una delimitación conceptual, cuando menos preliminar, respecto a estas dos teorías, en la medida que la irrenunciabilidad de derechos laborales, puede implicar conflictos de derechos adquiridos, como en muchos casos ha sucedido en la práctica jurisprudencial, o bien de hechos cumplidos, cuando optamos por aplicar la nueva norma, a todas las consecuencias que se generen a partir de la emisión del dispositivo.

En un estudio desarrollado por la Academia de la Magistratura se señala: ⁷⁴

“La teoría de los derechos adquiridos garantiza que quienes adquieren un derecho al amparo de una determinada norma, la mantendrán aún cuando ésta sea derogada. En consecuencia, la norma anterior puede ser derogada por una posterior peyorativa; sin embargo, aquellos trabajadores que adquirieron determinados derechos, no pueden perderlos.

En cuanto se refiere a la teoría de los hechos cumplidos, el estudio en mención señala:

“Nuestro ordenamiento, en lo que a vigencia de las normas en el tiempo respecta, recoge la “teoría de los hechos cumplidos” (...). La nueva norma regirá para las relaciones jurídicas futuras y para las pasadas en todo lo no previsto por la norma anterior.”

El Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado al respecto y ha señalado⁷⁵:

“71. En primer lugar es necesario enfatizar que el demandante parte de la proposición errónea de considerar que nuestro ordenamiento jurídico se rige bajo la teoría de los

⁷⁴ Academia de la Magistratura. Op. cit. Pág. 16.

⁷⁵ STC 00025-2007-PI/TC. Caso Ley del Profesorado.

derechos adquiridos, cuando nuestra propia Carta Magna en su artículo 103° dispone que “(...) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo (...)”.

72. En ese sentido, este Tribunal ha pronunciado en reiterada jurisprudencia que nuestro ordenamiento jurídico se rige por la teoría de los hechos cumplidos, estableciendo que “(...) nuestro ordenamiento adopta la teoría de los hechos cumplidos (excepto en materia penal cuando favorece al reo), de modo que la norma se aplica a las consecuencias y situaciones jurídicas existentes’ (STC 0606-2004-AA/TC, FJ 2). Por tanto, para aplicar una norma (...) en el tiempo debe considerarse la teoría de los hechos cumplidos y, consecuentemente, el principio de aplicación inmediata de las normas”⁷⁶ (subrayado agregado).

73. Se colige de ello que toda norma jurídica desde su entrada en vigencia es de aplicación a las situaciones jurídicas existentes, y que la teoría de los derechos adquiridos tiene una aplicación excepcional y restringida en nuestro ordenamiento jurídico, pues únicamente se utiliza para los casos que de manera expresa señala la Constitución, tal como ya lo ha establecido el Tribunal Constitucional cuando determinó que “(...) la aplicación ultractiva o retroactiva de una norma sólo es posible si el ordenamiento lo reconoce expresamente –a un grupo determinado de personas- que mantendrán los derechos nacidos al amparo de la ley anterior porque así lo dispuso el Constituyente –permitiendo que la norma bajo la cual nació el derecho surta efectos, aunque en el trayecto la norma sea derogada o sustituida-; no significando, en modo alguno, que se desconozca que por mandato constitucional las

⁷⁶ Cfr. STC N.º 0002-2006-PI/TC, Fundamento N.º 12.

leyes son obligatorias desde el día siguiente de su publicación en el Diario oficial (...)⁷⁷(subrayado agregado).

74. Por ende, sólo es de aplicación la teoría de los derechos adquiridos a los casos expresamente señalados en la Constitución. En nuestra Carta Magna no se encuentra disposición alguna que ordene la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos a los casos referidos a la sucesión normativa en materia laboral, por lo que no existe sustento constitucional alguno que ampare lo alegado por el demandante respecto a la supuesta vulneración de sus derechos adquiridos, resultando inconsistentes sus alegatos.”

La conclusión a la que podemos arribar es ciertamente objetiva: No se puede alegar derechos adquiridos como base o sustento de la irrenunciabilidad de derechos laborales y ello ya constituye doctrina jurisprudencial del propio Tribunal Constitucional. Es a la luz de la teoría de los hechos cumplidos que deberá advertirse la definición de aplicabilidad de un derecho laboral, salvo las excepciones señaladas por el supremo intérprete de nuestra *Lex Legum*.

⁷⁷Cfr. STC N.º 008-96-I/TC, Fundamento Nº 17.

CAPÍTULO 3: MANIFESTACIONES SUSTANCIALES DEL PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS

En este capítulo nos abocaremos a destacar aspectos de trascendencia con relación a la irrenunciabilidad de derechos. Un primer tema corresponde a distinguir cuándo nos encontramos frente a derechos que califican como irrenunciables y cuándo no.

De la Villa Gil, citado por Gonzáles Hunt⁷⁸, señala:

“El objeto de la renuncia plantea el decisivo problema de la delimitación entre los derechos que resultan válida o inválidamente renunciables. A tal efecto, es básica la distinción entre los derechos disponibles e indisponibles del trabajador (...). Son derechos laborales disponibles aquellos que derivan de una norma derogable, e incluso ciertos derechos nacidos de normas inderogables, por el contrario, son derechos indisponibles los que nacen, salvo la excepción antes apuntada, de las normas inderogables (...).”

Acota el mismo autor:

“Los derechos a los que el trabajador no puede renunciar individual y válidamente son los nacidos de las normas de derecho necesario absoluto o de normas de derecho necesario relativo, salvo aquellos que, originados por éstas, se sitúan por encima de los mínimos imperativamente garantizados.”

En la clasificación de de la Villa, citado por Gonzáles, éste señala:

⁷⁸ GONZALES HUNT, César. Op cit. Pág. 138.

“resultarán derechos irrenunciables aquellos provenientes de disposiciones que excluyen por completo la presencia de la autonomía privada (normas de derecho necesario absoluto) o de normas que establecen mínimos a la autonomía privada, debajo de los cuales la intervención de ésta queda prohibida (normas de derecho necesario relativo), salvo que tales mínimos sean superiores al “piso” establecido por norma imperativa que garantiza derechos mínimos. Por el contrario, las normas que permiten la presencia de la autonomía privada en la regulación de una materia y su libre juego de mejora o disminución de derechos (normas de derecho dispositivo) serán plenamente disponibles.”

Los “pisos” aludidos por de la Villa y Gonzáles tienen relación directa con la figura de niveles que desarrollamos en esta Tesis Doctoral. Nuestra primera hipótesis de trabajo hace referencia a mandatos constitucionales y derechos reconocidos por ley que no contengan naturaleza dispositiva y por tanto, los pisos y niveles que representan son irrenunciables. Por debajo de dichos “pisos”, no podrán ser disponibles los derechos del trabajador; *contrario sensu*, por encima de los aludidos “pisos”, el trabajador sí podrá disponer.

3.1. Las remuneraciones irrenunciables y las remuneraciones disponibles

A juicio nuestro, este capítulo contiene los lineamientos esenciales de nuestra Tesis Doctoral.

Una vez que hemos efectuado una descripción metodológica de nuestro trabajo y ya esbozada una conceptualización de nuestro tema de trabajo, a través de la fijación de nociones principales del principio de irrenunciabilidad de derechos así como su evolución doctrinaria a través de diversas teorías, ya podemos entrar al tema central

de la Tesis, cual es la **identificación de niveles, en los cuales funciona el principio de irrenunciabilidad**, vale decir, a las manifestaciones principales de este principio. Con ello, plasmamos la contrastación de hipótesis en razón de que identificamos los esbozos centrales de manifestaciones de irrenunciabilidad de derechos laborales en el ordenamiento jurídico peruano.

Señala Toyama⁷⁹:

“Conviene describir el tipo de norma – y el carácter de ésta- que contiene un derecho del trabajador que no puede ser materia de dejación: las normas estatales que reconocen derechos a los trabajadores no merecen cuestionamiento alguno. Luego, tenemos los derechos contenidos en normas convencionales. Sobre este último, se plantean posiciones encontradas en tanto que unos señalan que también deben recoger derechos irrenunciables y otros no. En nuestra opinión, el principio de irrenunciabilidad de derechos debe comprender a los derechos nacidos de actos normativos como los convenios colectivos de trabajo dado su eminente carácter normativo e imperativo dentro de su ámbito de aplicación- reconocido en el artículo 28 numeral 2 de la Constitución⁸⁰- La aplicación de la irrenunciabilidad es, pues, frente a todo derecho reconocido en una norma”.

⁷⁹ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Op cit. Pág. 168.

⁸⁰ Artículo 28° Constitución 1993.

El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

1. Garantiza la libertad sindical.
2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.

La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.

3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones.

Los niveles aludidos implican unas ideas previas respecto al ámbito material de la irrenunciabilidad, en atención a que interesa la fuente de donde provengan tales derechos.

Señalan los materiales de estudio de la AMAG, respecto al ámbito material del principio que estudiamos: ⁸¹

“Cuando nos referimos al ámbito material del principio de irrenunciabilidad es necesario intuir dos cosas: de un lado, la fuente portadora de derechos (Constitución, ley, reglamento, convenio colectivo, contrato de trabajo) y de otro, la naturaleza de los derechos en cuestión, a fin de determinar si son indisponibles (derecho necesario) o por el contrario, plenamente disponibles (derecho dispositivo). El principio de irrenunciabilidad puede moverse en el campo de los derechos indisponibles o imperativos (consagrados por regla general en las normas de origen estatal y convencional que actúan como mínimos o pisos para la autonomía individual, permitiendo la renuncia de derechos de naturaleza dispositiva (de origen consuetudinario y contractual).”

La autonomía individual, es importante reiterarlo, involucrará una esfera más cercana al Derecho Civil, lo que nos permite una verificación directa de nuestra hipótesis de trabajo vinculada a derechos disponibles.

3.1.1. Derechos establecidos en los Tratados y la Constitución

Consideramos que aquí no existe mayor conflicto interpretativo en consideración a que nuestra Constitución reconoce expresamente la procedencia de los derechos irrenunciables en su ámbito constitucional.

⁸¹ AMAG. Op. cit. Pág. 5.

En consecuencia, no puede mediar acuerdo alguno de restricción de los derechos reconocidos en el nivel supranacional, esto es, en el ámbito de los Tratados Internacionales, así como nacional, en el rubro de derechos fundamentales de la persona. Los derechos reconocidos por estos instrumentos legales no están sujetos a disponibilidad de ningún tipo en atención a la naturaleza irrenunciable ínsita que los caracteriza. Por excepción, y bajo la teoría de la inexistencia de los derechos constitucionales absolutos, podemos configurar un supuesto de excepción en la vía jurisdiccional.

Valga la aclaración: los derechos a nivel constitucional tampoco resultarán absolutos, pero ello supone, para una situación peyorativa, que en sentencia constitucional ejecutoriada, se pudiera determinar eventualmente la improcedencia de determinado derecho.

3.1.2. Los beneficios de origen legal

Aún existiendo una disposición constitucional que señala que son irrenunciables los derechos laborales reconocidos por la ley, debemos admitir, a nivel infraconstitucional (entiéndase de norma legal), que tal disposición no resulta igualmente absoluta para los derechos disponibles a nivel de las propias normas.

Esta reflexión nos lleva a recordar que no obstante el carácter enunciativo de las normas constitucionales, ellas no constituyen derechos absolutos.

En relación a esta idea Zagrebelsky⁸² afirma:

“El Estado constitucional (...) no admite la ciega aplicación de un solo principio o valor constitucional. La imposición de una sola norma constitucional sin tener en consideración los demás principios constitucionales es una aplicación que rompe el sentido propio del Estado constitucional. Es más, la sola invocación de la primacía de la Constitución como criterio y justificación para determinada decisión resulta vacía de contenido. El Estado constitucional exige que la justificación de las decisiones encuentre sentido en función de los valores que, en su conjunto, sostienen el Estado constitucional. La sola invocación del criterio formal sin alusión alguna al criterio material que supone el Estado constitucional, no es más que una arbitraria consecuencia del enunciado de una alegada supremacía normativa sin atender a los valores y principios que inspiran el sistema. La aplicación de un determinado criterio invocando la sola primacía de la Constitución desatendiendo los valores constitucionales, se presenta frente a la sociedad pluralista como la implacable y arbitraria decisión obligatoria del monarca representativo del Estado absolutista o la ciega aplicación de la ley propia del juez positivista que la aplica por su solo valor formal, sin discernir sobre su contenido ni sobre la razonabilidad de su aplicación”.

La cita es válida en la medida que nos hace suponer grados de imperatividad respecto a la norma y que no basta una disposición constitucional para que la misma, contrastada a nivel de relaciones de validez y vigencia con el ordenamiento jurídico, nos lleve a la conclusión de la aplicación ciega e irrestricta de la norma, aún así ella fuere de rango constitucional.

Por consiguiente, si la fuente de disposición del Derecho Laboral es de nivel legal y la misma prescribe que el derecho es disponible, entonces no opera el principio de irrenunciabilidad.

⁸² ZAGREBELSKY, Gustavo. “*El Derecho dúctil*”. Trotta, Madrid, 1995. Pág. 14.

A nivel de normas, los distintos conceptos que integran la remuneración no son disponibles. La compensación por tiempo de servicios, la remuneración mínima vital, la asignación familiar, entre otros. En la concepción establecida de normas de derecho necesario relativo, debemos inferir que si se trata de remuneraciones que superan los mínimos exigidos por ley, la indisponibilidad afectará hasta el monto que suponga el nivel mínimo de la remuneración. Hacia arriba es dispositivo, hacia abajo es indisponible.

Podemos concluir, a tenor de lo expuesto, que las remuneraciones y conceptos provenientes de los beneficios sociales y remuneraciones provenientes de la ley, provienen de normas de derecho necesario mínimo. Bajo esta pauta, los trabajadores no pueden afectar dichos mínimos por impedírsele el principio de irrenunciabilidad, salvo excepción expresa de norma reglamentaria que establezca la disponibilidad de dichos conceptos. En tanto, resultan protegidos por el principio de irrenunciabilidad.

En adición a lo señalado, y conforme al pronunciamiento 476-2005- de la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, se precisa el ámbito de aplicación del principio de irrenunciabilidad, tema que ampliaremos más adelante. La Corte Suprema fija dos requisitos que deben cumplirse: ***“a) la existencia de una relación de trabajo; b) la existencia de una norma constitucional o legal que en forma taxativa establezca determinados derechos y beneficios sociales que tengan como fuente dicha relación”***, excluyendo expresamente a las normas provenientes de la convención colectiva de trabajo o la costumbre.

Es la taxatividad lo que nos interesa en este aspecto. En la norma legal podremos distinguir un aspecto dispositivo, al cual el trabajador podría renunciar. Sin embargo, si la norma es taxativa respecto a la concesión de un derecho, entonces el trabajador no puede renunciar y dicha taxatividad de suyo convierte en indisponible el derecho.

A tal efecto, la orientación que implementa la Corte Suprema va a ser de utilidad para que los decisores jurídicos, en situaciones de eventual afectación al principio de irrenunciabilidad, determinen inicialmente la existencia de una relación de trabajo y en segundo lugar, evalúen el nivel de taxatividad de la norma. En tal caso, no existe renuncia alguna y procederá declarar la irrenunciabilidad.

3.1.3. Los beneficios provenientes de convenio colectivo

Los convenios colectivos constituyen fuente de derechos. La ley les otorga naturaleza especial⁸³ en la medida que su inserción al contrato de trabajo es automática según prevé la norma. Sin embargo, ¿les afecta o no el principio de irrenunciabilidad? Gonzáles Hunt⁸⁴ indica que:

“El carácter normativo de las cláusulas del convenio colectivo que establecen este tipo de beneficios debería ser suficiente para que, en tanto provenientes de una norma que forma parte del sistema de fuentes del Derecho del Trabajo, se considerase que, salvo disposición en contrario, se trata de beneficios indisponibles. No obstante, la indisponibilidad de los beneficios y las remuneraciones originadas en un convenio colectivo no se sustenta únicamente en la interpretación de las consecuencias de la naturaleza normativa del acuerdo, sino que tiene pleno reconocimiento legislativo (...). Por lo tanto, el principio de irrenunciabilidad de derechos sí afecta la posibilidad de disposición de las partes respecto a las remuneraciones y beneficios surgidos de un convenio colectivo. Con ello, un

⁸³ Artículo 43 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo

La convención colectiva de trabajo tiene las siguientes características

- a. Modifica de pleno derecho los aspectos de la relación de trabajo sobre los que incide. Los contratos individuales quedan automáticamente adaptados a aquella y no podrán contener disposiciones contrarias en perjuicio del trabajador.

⁸⁴ GONZÁLES HUNT. Cesar. Op cit. Pág. 143

trabajador individualmente considerado no podrá disponer de derechos que tienen su fuente en normas de derecho convencional.”

De la misma forma, Gonzáles Hunt⁸⁵ se plantea una interrogante con relación a que las remuneraciones puedan ser objeto de renuncia vía convenio colectivo: *“Nuestro ordenamiento jurídico ni siquiera contempla la existencia de beneficios legales que, no pudiendo ser alterados por la autonomía individual, es decir, siendo irrenunciables, puedan ser objeto de una modificación por la autonomía colectiva”*. La restricción es clara, según el autor, pues vía convenio colectivo no puede aludirse a la modificación peyorativa de los mínimos que las normas legales contemplan.

Podemos advertir en el autor una posición favorable amplia a la irrenunciabilidad.

Toyama sostiene una posición contraria⁸⁶, y señala que: *“No configura supuesto de renuncia de derechos un convenio colectivo que disminuya el monto de un beneficio reconocido legalmente a los trabajadores (...)”*.

Ferro⁸⁷ tercia en este debate y sostiene:

“La negociación colectiva puede válidamente acordar convenios in peius, habida cuenta que es consustancial a la libertad sindical que el sindicato cuente con capacidad para influir en la superación de situaciones económicas adversas que puedan estar afectando al centro de trabajo o poniendo en riesgo su continuidad. Es claro que dicha capacidad quedaría mediatizada si solo incidiera respecto de los contratos de trabajo de nuevo personal que ingrese a prestar servicios a la empresa luego de celebrado el convenio, dejando incólumes los beneficios aplicados al resto

⁸⁵ GONZÁLES HUNT, Cesar. Op cit. Pág. 142.

⁸⁶ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Op. cit. 167.

⁸⁷ FERRO DELGADO, Víctor. Op cit. Pág. 114.

de trabajadores(...). De ahí que el convenio colectivo incida en los contratos individuales únicamente mientras aquél tenga vigencia.”

Las posiciones contrarias advertidas nos llevan a concluir, a título personal, que si el brocardo jurídico *lex posterior derogat anterior*, es admisible respecto de que la nueva norma deroga la anterior, estimamos que es prudente alegar, con razonabilidad, que un nuevo convenio colectivo derogaría el anterior, aún así fuese contrario al primero y pudiera implicar un derecho con menores beneficios o bien, renunciar a un derecho que se pudo calificar de irrenunciable.

Objetivamente, nos encontraríamos ante el escenario en el cual, el trabajador o la representación sindical, sí tienen potestad de aplicar renuncia derechos a nivel de convenio colectivo siempre que no se infrinja normas de derecho necesario mínimo. En vía de ejemplo, empresa y sindicato no podrían pactar que en vista de la crisis económica de la empresa, pudiera establecerse un pago inferior a la remuneración mínima vital. En tanto, toda suma superior a la misma, podrá ser objeto de negociación entre las partes en sujeción a que el nuevo convenio colectivo, aún considerándose la atingencia de ser ley entre las partes, sí podría implicar la renuncia de derechos.

En el estudio referido por la Academia de la Magistratura, encontramos una nota relevante:⁸⁸

“Con relación al sujeto colectivo (organización sindical) es preciso hacer algunas distinciones. Hay que distinguir, de un lado, si el titular del derecho que se pretende disponer es el propio sujeto colectivo o si se trata de un derecho reconocido al

⁸⁸ AMAG. Op. Cit. Pág. 5.

trabajador. De otro lado, será necesario precisar el origen del derecho, es decir, si proviene de una norma estatal, convencional o del contrato de trabajo.”

Añade el estudio mencionado:

“Cuando estamos ante derechos cuyo titular es el trabajador y pretenden ser dejados de lado por la organización sindical, no resulta aplicable el principio de irrenunciabilidad, (porque, recordemos, la renuncia supone la disposición del derecho por su titular, no por un tercero), lo que no significa necesariamente que la decisión adoptada por el sujeto colectivo es válida. Nos explicamos. Si el derecho dispuesto por la organización sindical fue reconocido al trabajador por ley, el acto de disposición (convenio colectivo), sería inválido por no respetar el mínimo legal establecido. Si el derecho fue concedido al trabajador por convenio colectivo, entonces es perfectamente posible que un convenio colectivo posterior lo elimine. La derogación de convenios es una figura permitida por nuestro ordenamiento y, por tanto, el acto de disposición sería válido. El trabajador podría oponer el principio de condición más beneficiosa, porque los derechos que se reconocen por convenio colectivo a los trabajadores individuales (cláusulas normativas) no se contractualizan. Finalmente, si el derecho fue obtenido mediante contrato, la validez del acto de disposición del sujeto colectivo dependerá del interés que pretenda protegerse: si se prefiere el interés individual, expresado en el contrato de trabajo- sobre la base de que la negociación colectiva no puede eliminar la voluntad individual- prevalecerá éste sobre el convenio colectivo; por el contrario, si se prefiere el interés colectivo, plasmado en la norma convencional- entendiendo que la voluntad general prima sobre la individual- ésta se impondrá a la autonomía individual”.

Ferro⁸⁹ añade una reflexión de interés que nos permitimos transcribir:

⁸⁹ FERRO DELGADO, Víctor. Op. Cit. Pág. 113.

“La irrenunciabilidad opera respecto de los derechos de los cuales el trabajador es titular. Esos derechos pueden tener por fuente a la ley o al convenio colectivo. En ambos casos operará el principio, pero solo respecto de aquellos derechos de naturaleza indisponible para el trabajador. A su vez, el convenio colectivo no podrá contener renuncia a beneficios de carácter legal, pero podrá renunciar a derechos provenientes de convenios colectivos previos. No obstante, cabe evaluar si el sindicato solo podría renunciar a derechos cuya fuente es el convenio colectivo y no así a aquellos que tienen por origen el contrato individual de trabajo o la costumbre, lo que ciertamente corresponde a un tema controversial.”

En cita a Cortes Carcelén⁹⁰, Ferro refiere:

“La cuestión nos conduce al debate sobre la teoría de de la modernidad o la teoría de la incorporación respecto a los efectos del convenio colectivo. Por la primera, el convenio colectivo rige desde fuera a los contratos individuales de trabajo y en tal virtud, una vez que el convenio pierde vigencia, deja de incidir en el contrato de trabajo, de la misma forma en que las normas jurídicas dejan de aplicarse cuando por su derogación dejan de tener relevancia jurídica. La teoría de la incorporación propone que las cláusulas normativas del convenio colectivo se incorporan al contrato individual de trabajo, de manera que la posterior derogación del convenio colectivo, no afecta el contrato de trabajo en razón de que los beneficios establecidos han pasado a integrar el patrimonio del trabajador. Así, de operar una sucesión peyorativa de convenios colectivos, resultaría de aplicación el principio de condición más beneficiosa, conforme al cual subsistirán los beneficios respecto del trabajador que ya venía gozando de los mismos”.

⁹⁰ CORTES CARCELÉN, Juan Carlos. *“La negociación colectiva in peius en el Perú”* En IUS ET VERITAS. Revista editada por los alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2000 No. 20. Pág. 290.

En referencia a Tatiana Ferreyra⁹¹, indica Ferro:

“La opción preferentemente adoptada por la doctrina es la teoría de la modernidad, reconociéndole sí un amplio margen al ejercicio de la autonomía colectiva. Si el principio de irrenunciabilidad opera en salvaguarda del trabajador en razón de su distinta capacidad de negociación frente al empleador, este equilibrio no se produce en la relación entre éste y el sindicato. De ahí que de la confrontación entre la teoría de la incorporación con el principio de autonomía colectiva, se prefiera al segundo, privilegiándose con ello el derecho de la organización sindical a gozar de plena libertad para establecer las estipulaciones que las circunstancias hagan aconsejable en un determinado contexto entre las que se incluye la de extinguir un convenio colectivo, reemplazar al anterior o disponer de los beneficios preexistentes, ampliándolos, reduciéndolos o suprimiéndolos”.

Hasta aquí algunas precisiones sobre las importantes citas desarrolladas por Ferro. En forma complementaria, problematicemos la cuestión: si el ente sindical renuncia a un derecho del trabajador, dada la representatividad legal que asume el sindicato respecto del trabajador, ¿estamos ante un problema de legitimidad suficiente dado que no es el trabajador quien renuncia, sino el sindicato? Nuestra premisa base inicia su reflexión en el hecho de que la organización sindical goza de representatividad respecto de quienes van a resultar beneficiarios de los extremos ganados y cedidos en un convenio. Sin embargo, el barómetro principal de determinación de la legitimidad y procedencia de un derecho dispuesto, va a ser la contrastación de ese derecho con relación a los “pisos” exigidos por ley. Entonces, como hemos señalado *supra*, devendrá nulo el acto de la organización sindical que afecta derechos indisponibles (ejemplo ya acotado: Pactar por debajo de la remuneración mínima

⁹¹ FERREYRA, Tatiana. “Efectos sobre el contrato de trabajo”. En: Fundación Cultural Universitaria. Montevideo 1,988. Pág. 201

vital). Los actos que superen los “pisos” mínimos, gozarán de suficiencia y se presumirán válidos, de acuerdo a la tesis que sustentamos.

En referencia a Plá Rodríguez⁹², Ferro indica:

“De ahí que el convenio colectivo incida en los contratos individuales únicamente mientras aquél mantenga vigencia. Plá Rodríguez, citando a Despax refiere que para este autor, los beneficios del convenio colectivo se insertan en los contratos individuales de trabajo a través de una recepción provisoria. Más adelante, Plá concluye que” se incorpora (al contrato individual de trabajo) la cláusula de convenio colectivo mientras dure el convenio colectivo, no después. O como dice Despax, en forma provisoria”.

El carácter provisorio, en consecuencia, se manifiesta en la vigencia de los derechos discutidos en la oportunidad de fijación de beneficios de un convenio colectivo. Dicha provisoriedad será válida al afectarse derechos dispositivos. Sin embargo, no podrá afectarse hacia abajo, en modo alguno, los “pisos” fijados por ley.

¿Cómo queda aquí el supuesto de taxatividad? La ejecutoria 476-2005, ya antes acotada, excluye expresamente, del beneficio de la irrenunciabilidad, a las normas provenientes de la convención colectiva de trabajo o la costumbre. Por consiguiente, es nuestra conclusión principal que el convenio colectivo no es fuente de derechos indisponibles y si se pactara en tal sentido en un determinado convenio, entendemos que el principio *lex posterior derogat anterior*, es de plena aplicación para derogar un acuerdo, calificado de irrenunciable, que no goza de la protección constitucional del artículo 26 inciso 2 de la Carta Magna, el cual privilegia, para efectos de irrenunciabilidad, solo a la Constitución y la ley.

⁹² PLA RODRIGUEZ, Américo. *“La revisión del convenio para disminuir beneficios”*. En: Ojeda Avilés, Antonio y Ermida Uriarte, Oscar. *“La negociación colectiva en América Latina”*. Madrid, Trotta. 1993. Pág. 168.

3.1.4. Las remuneraciones determinadas por el contrato de trabajo

¿Qué implica el contrato de trabajo? Creemos, fundamentalmente, la creación de obligaciones entre las partes y no normas jurídicas. Por ende, si se trata de obligaciones, debemos advertir si las mismas implican afectaciones a los derechos necesarios mínimos, es decir, las franjas salariales que constituyen derechos mínimos de fuente legal, cuya naturaleza resulta protegida por el principio de irrenunciabilidad. En caso que tales obligaciones superen los mínimos legales, las renunciaciones que pudieran efectuarse no implicarán la aplicación del principio de irrenunciabilidad.

De otro lado, la contrastación del principio de irrenunciabilidad con el contrato de trabajo, nos remite al criterio adoptado en la ejecutoria 476-2005, ya antes invocada. Mediando exclusión de los alcances del contrato de trabajo con relación a dicha ejecutoria, debemos estimar que la declaración de renuncia del trabajador a un derecho, adquiere eficacia, salvo colisión con los derechos mínimos que reconocen la Constitución y la ley.

3.1.4.1. Modificación unilateral del contrato de trabajo⁹³. Habilitación del supuesto de hostilidad equiparable al despido

La modificación aquí aludida no puede ser considerada opuesta al principio de irrenunciabilidad. La renuncia exige, sustancialmente, la participación de la voluntad del trabajador. Sin perjuicio de ello, ¿qué sucede si se configuran supuestos de modificación unilateral de las remuneraciones y beneficios percibidos por el

⁹³ GONZALES HUNT, César. Op. Cit. Pág. 146.

trabajador? Estimamos que se trata de actos válidos que, sin embargo, pueden ser objeto de reclamo no vía demanda al empleador por afectación del principio de irrenunciabilidad, sino deberá existir ejercicio del trabajador en la vía pertinente.

Tengamos entonces presente, según señala Gonzáles Hunt⁹⁴, que el empleador:

- i) *“No puede disminuir beneficios y remuneraciones provenientes de normas legales imperativas o cláusulas normativas del convenio colectivo de igual carácter, toda vez que la propia imperatividad de las normas se lo impide.*
- ii) *No puede disminuir beneficios y remuneraciones provenientes de normas legales o cláusulas normativas de convenio colectivo dispositivas, porque cuando el ordenamiento concede la facultad de disponer, lo hace a ambas partes de manera conjunta y no al empleador.*
- iii) *No puede disminuir beneficios y remuneraciones establecidas en el contrato de trabajo, debido a que su facultad para modificar unilateralmente el contrato (ius variandi y facultad premial) no le permite efectuar esas disminuciones, ni siquiera en los casos en los cuales existen razones de pondo el económica que las pueden justificar.*
- iv) *No puede disminuir beneficios y remuneraciones provenientes de la costumbre.”*

Es de observar que estas restricciones de disminuir o modificar peyorativamente de manera unilateral las remuneraciones y beneficios de los trabajadores, goza de una configuración positiva en la normativa laboral pertinente, la cual pondera estas limitaciones como un acto de hostilidad equiparable al despido⁹⁵. Es entonces un

⁹⁴ GONZALES HUNT, César. Op cit. Pág. 147.

⁹⁵ Artículo 30 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes:

reclamo jurisdiccional por hostilidad el mecanismo por el cual deberá optar el trabajador. Y si acaso acotare irrenunciabilidad de derechos, su demanda deberá ser declarada de plano improcedente.

3.1.4.2. La rebaja de categoría

Si la modificación unilateral del contrato de trabajo en el tema remunerativo, impone la exigencia de una vía judicial determinada para imputar actos de hostilidad equiparables al despido, ¿cómo conceptuamos, en este esquema de irrenunciabilidad, la rebaja de categoría por imposición unilateral del empleador? A juicio nuestro, la situación es la misma respecto a la viabilidad de una acción equiparable al despido por hostilidad, Sin embargo, ¿si la rebaja de categoría es consensuada?

Ferro⁹⁶ señala que:

“la categoría está conceptuada como el conjunto de características que confieren al trabajador un determinado nivel en el centro de trabajo. La categoría puede ser analizada según aspectos funcionales de la prestación de servicios, esto es, el contenido de las obligaciones del trabajador, las cuales podrán ser graduadas según el nivel de importancia en la organización, su mayor o menor complejidad, su relación con los puestos de trabajo vigentes en la estructura organizativa de la empresa, entre otros factores.”

Carlos Blancas⁹⁷ manifiesta que:

a) La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador;

b) La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría; (...)

⁹⁶ FERRO DELGADO, Víctor. Op. cit. Pág. 129.

“Categoría profesional y puesto de trabajo devienen conceptos distintos. El primero hace referencia a una posición o status determinado por la profesión, oficio, especialización, o experiencia laboral del trabajador; el segundo, indica las funciones concretas que desempeña el trabajador en la empresa. Por ello, no todo cambio del puesto implica cambio o rebaja de categoría, pues dentro de ésta, pueden comprenderse diversidad de funciones específicas, cualquiera de las cuales supone pertenecer a una determinada categoría profesional, es decir, poseer ciertas aptitudes y capacidades de trabajo.”

A tenor de lo expuesto, inferimos entonces que la categoría, siendo un status asociado al contrato de trabajo, deviene en derecho materia de renuncia, no sujeto a la protección del principio de irrenunciabilidad. La protección contra el abuso del empleador, existiendo rebaja de categoría unilateral, es competencia de la vía laboral ordinaria vía la acción de hostilidad equiparable al despido. En caso hubiera rebaja de categoría por consenso, el derecho del trabajador es renunciable. Solo en el caso de existencia de vicio de la voluntad- error, dolo, intimidación o violencia- el trabajador deberá hacer prevalecer su derecho invocando la anulabilidad, o cuando corresponda, la nulidad del acto jurídico.

3.1.5. Los beneficios provenientes de la consolidación o la costumbre

La costumbre es admitida en el Derecho del Trabajo como fuente⁹⁸ de derecho. Neves⁹⁹ señala sobre este particular:

⁹⁷ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “El despido en el Derecho Laboral”. Primera edición. Lima, ARA. 2002. Pág. 405.

⁹⁸ Artículo 79 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral

Los trabajadores contratados conforme al presente Título tienen derecho a percibir los mismos beneficios que por Ley, pacto o **costumbre** tuvieran los trabajadores vinculados a un contrato de duración indeterminado,

“El nivel que le corresponde a la costumbre es el terciario. Aunque no emana de la autonomía privada, que se exterioriza a través de actos (normativos o no), por extensión tiene que incluirse allí, porque su origen está en los sujetos particulares. (...) La determinación de su subnivel respecto del reglamento interno de trabajo puede discutirse, por cuanto hay argumentos para colocarla encima (...) o debajo (...) Nos inclinamos por esta última posición, por el carácter marginal que ocupa la costumbre en los sistemas jurídicos predominantemente escritos, como el nuestro. La costumbre, pues, puede desenvolverse en el espacio cada vez más estrecho que las otras normas – especialmente las referidas a su mismo ámbito- le dejen.”

Antonio Martín Valverde¹⁰⁰ señala de la misma forma: *“La costumbre en el derecho laboral tiene carácter de derecho dispositivo para la autonomía de la libertad individual; las partes del contrato de trabajo pueden excluir, en principio, la aplicación de las costumbres normativas”*.

La costumbre implica un uso que se vuelve permanente, acaso un convenio no escrito que las partes en la relación laboral estiman ha de aplicarse en forma continua. Estimamos que no afecta el principio de irrenunciabilidad que el trabajador

del respectivo centro de trabajo y a la estabilidad laboral durante el tiempo que dure el contrato, una vez superado el periodo de prueba.

Artículo 27 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral

CARGA DE LA PRUEBA.- Corresponde a las partes probar sus afirmaciones y esencialmente:

1. Al trabajador, probar la existencia del vínculo laboral.
2. Al empleador demandado, probar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en las normas legales, los convenios colectivos, **la costumbre**, el reglamento interno y el contrato individual de trabajo.
3. Al empleador la causa del despido; al trabajador probar la existencia del despido, su nulidad cuando la invoque y la hostilidad de la que fuera objeto.

⁹⁹ NEVES MUJICA, Javier. Op. cit. Pág. 87.

¹⁰⁰ MARTÍN VALVERDE, Antonio. RODRIGUEZ SAÑUDO GUTIERREZ, Fermín y GARCÍA MURCIAS, Joaquín. *“Derecho del Trabajo”* Editorial Tecnos. Décimo primera edición.. Madrid. 2002. Pág. 124.

renuncie a un derecho consagrado por la costumbre, en tanto ésta no es fuente obligacional de derechos indisponibles. Más aún, y es pertinente acotarlo, cuando no existe un sustento constitucional directo a tenor del artículo 26 inciso 2 de la propia Constitución vigente.

La ejecutoria 476- 2005, antes citada, igualmente nos sirve de criterio referencial para concluir que una exclusión expresa de la misma en la exigencia de requisitos que formula la Corte Suprema para declarar irrenunciabilidad, abona por hacer sólido el fundamento de que no opera dicha irrenunciabilidad con relación a la costumbre.

En conclusión, **consideramos graficados en estos 5 acápites precedentes, las líneas centrales de identificación de niveles en los cuales funciona el principio de irrenunciabilidad y por contraste y cuando corresponde, los pisos en los cuales no opera la irrenunciabilidad.** A ellos nos deberemos remitir para proyectar, al final de nuestro estudio, el sustento matriz de esta Tesis Doctoral.

3.2. El principio de irrenunciabilidad de derechos en los procesos laborales

Toyama¹⁰¹ contempla, al abordar este tema procesal, dos particularidades de análisis de la irrenunciabilidad laboral: de un lado, los “*casos de renuncia de derechos por actos unilaterales del trabajador, y no por deficiencias de éste en el proceso laboral*”; y por otro lado, precisa que: “*para encontrarnos ante el principio de irrenunciabilidad, el derecho materia de disposición debe ser cierto y estar reconocido en una norma imperativa.*”

¹⁰¹ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Op cit. Pág. 169.

El artículo III del Título Preliminar de la Ley Procesal de Trabajo LPT¹⁰², impone al juez la obligación de aplicar el principio de irrenunciabilidad cuando existe una indebida disposición del trabajador a un derecho previsto en la Constitución o en la ley. Este planteamiento nos lleva, en el plano procesal, a que actos como la transacción o conciliación producidas en un proceso laboral, para ser válidas, deben ser fundamentadas y aprobadas por el juez.

Señala Toyama: ¹⁰³*“Dentro de la sección cuarta de la LPT, el Título I se refiere a la conclusión anticipada del proceso, esto es, los casos donde, por una conciliación o desistimiento, no se produce la emisión de una sentencia que supone la dejación de la pretensión. Estamos entonces, como anota Monroy Gálvez¹⁰⁴, ante supuestos de inexistencia de interés para obrar.”*

Acota el mismo autor:¹⁰⁵

“Los mecanismos que concluyan los procesos laborales antes de la emisión de las sentencias deben ser fomentados y “amparados” por los jueces en la medida que reducen la elevada carga procesal y se opta por la culminación del proceso que, en principio, satisface a las partes; sin embargo, los actos que formulan las partes en el proceso deben ser apreciados a la luz del principio constitucional de irrenunciabilidad de derechos (...).”

¹⁰² Artículo III.

El Juez debe velar por el respeto del carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley.

¹⁰³ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Op. cit. Pág.170.

¹⁰⁴ MONROY GALVEZ, Juan. “Las excepciones en el Código Procesal Civil peruano.” En: Themis. No. 27-8 Lima.1994. Pág. 119

¹⁰⁵ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Op. Cit. 170

A tenor de lo señalado, el principio constitucional de irrenunciabilidad nos va a permitir, conforme a nuestra primera hipótesis formulada, destacar la fuerza del binomio Constitución- irrenunciabilidad, para determinar la validez de la no disposición de un derecho laboral.

Añade el autor citado¹⁰⁶:

“La LPT no contiene referencia alguna sobre la transacción. Algunas ejecutorias laborales determinaron que esta institución, a diferencia de la conciliación, no podía ser admitida en el derecho laboral en la medida que importaba una renuncia de derechos, figura prohibida por nuestro ordenamiento. No compartimos el criterio expuesto en la medida que tanto en la conciliación como en la transacción pueden producirse renunciaciones de derechos contenidos en normas imperativas y, por lo cual, no se pueden emitir reglas genéricas sobre el contenido de la renuncia en una u otra institución procesal o en ambas.”

¿Y si el juez convalida una transacción o conciliación con renuncia de derechos? Estimamos que no procede correctamente. Sin embargo, la práctica procesal laboral puede resultar compleja, hasta cierto punto, para evitar, en algunas oportunidades, la afectación de derechos irrenunciables. En vía de ejemplo, si el trabajador no tiene forma de probar su tiempo de servicios real y el empleador alega en la conciliación una suma determinada a ofrecer, creemos que el acuerdo a suscribir por un pago menor a la cantidad que realmente corresponde por beneficios sociales, pudiera eventualmente declararse válido al interior del proceso laboral, máxime si el juzgador no dispone de información relevante, suficiente y objetiva para cerrar, de acuerdo a ley, la litis producida. Sin embargo, ello sucederá más por falta de defensa del trabajador, que por una falta de aplicación del principio de irrenunciabilidad.

¹⁰⁶ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Op. cit. Pág.170.

3.2.1. Conciliación

En el artículo 45¹⁰⁷ de la Ley Procesal de Trabajo no se alude al principio de irrenunciabilidad de derechos. Sin embargo, el juez está obligado a analizar solo derechos materia de conciliación y apreciar si existe transgresión al principio de irrenunciabilidad. Nada obsta para que las partes concilien fuera del proceso laboral mas es de advertir que en este caso, no existe proceso judicial.

La conciliación es válida antes de que se expida la sentencia – debemos precisar la sentencia de segunda instancia – (no puede producirse en ejecución de sentencia); y entendemos, se produce luego de fracasada la conciliación obligatoria en la audiencia única y de fijados los puntos controvertidos en el proceso laboral.

3.2.2. El desistimiento

El artículo 46¹⁰⁸ de la LPT configura que el desistimiento de la pretensión, al igual que la conciliación, asume el carácter de una sentencia con calidad de cosa juzgada¹⁰⁹; en cambio, el desistimiento del proceso de algún acto procesal no cuenta, obviamente, con esta característica.

¹⁰⁷ Artículo 45 de la Ley Procesal de Trabajo. CONCILIACION

La conciliación puede ser promovida o propuesta después de la audiencia única, en cualquier estado del proceso, antes de la sentencia. La conciliación se formaliza mediante acta suscrita ante el órgano jurisdiccional respectivo al final de la audiencia conciliatoria que se fije para el efecto. Aprobada por el Juez, adquiere el valor de cosa juzgada.

¹⁰⁸ Artículo 46 de la Ley Procesal de Trabajo. DESISTIMIENTO

El desistimiento de la pretensión, del proceso o de algún acto procesal, se formula antes de que surtan sus efectos. Cuando el demandante lo proponga debe motivar su pedido para obtener la aprobación del Juez, quien cuida que no se vulnere el principio de irrenunciabilidad respecto de los derechos que tengan ese carácter.

¹⁰⁹ Artículo 340 Código Procesal Civil

3.3. Identificación de campo de los derechos irrenunciables y renunciables

A partir de las premisas antes establecidas, podemos tentativamente esbozar un panorama bastante cercano al objetivo principal de esta Tesis Doctoral, cual es acercarnos a identificar criterios de campo para construir un esquema que nos permita identificar cuándo nos encontramos ante derechos irrenunciables y cuándo ante derechos renunciables.

Señala nuestra hipótesis 3 que los criterios de campo para una identificación de los derechos irrenunciables y renunciables laborales, se guían por dos premisas:

a) Definir el contexto constitucional y legal de la irrenunciabilidad de derechos laborales.

Nos explayamos precisando los siguientes ítems:

- Que exista una disposición imperativa que emane de un tratado internacional y como tal, la disposición supranacional forma parte del Derecho peruano y su observancia resulta ineludible;
- A esta naturaleza supraconstitucional se suma el carácter constitucional de una obligación laboral irrenunciable, gozando la misma de un carácter tuitivo-protector que las partes en la relación laboral deben respetar;
- No obstante el carácter de mandato de las disposiciones señaladas, debemos tener en cuenta, adicionalmente, que los derechos fundamentales, no obstante su basamento constitucional y carácter imperativo, no pueden resultar absolutos. En tal sentido, en determinadas circunstancias y bajo la

pauta de una debida motivación constitucional, los mandatos laborales irrenunciabiles pueden ceder, vía ponderación o proporcionalidad, ante otro derecho fundamental.

- Debe evaluarse, de la misma forma, la existencia de una norma constitucional o legal que en forma taxativa establezca determinados derechos y beneficios sociales que tengan como fuente dicha relación. Este criterio es advertido a partir de la casación 476-2005, de la Sala Transitoria Social y Constitucional de la Corte Suprema, analizada en el ítem 4.2.2.3. de esta Tesis.

b) Analizar la titularidad de los derechos renunciados y la naturaleza del acto a renunciar;

De la misma forma, existen pautas procedimentales necesarias para definir adecuadamente la irrenunciabilidad de derechos. En este sentido, adquiere suma vigencia el planteamiento de nuestro ítem 2.3.2., en la medida que hemos indicado los caracteres de la renuncia, amparada por la figura de la irrenunciabilidad. En otros términos, cuándo la renuncia no es tal sino que se configura un escenario de irrenunciabilidad. A tal efecto, se debe satisfacer mínimamente las siguientes características:

- Debe ser expresada por el trabajador;
- Acto de disposición debe ser irrevocable y unilateral;
- Inaplicabilidad de la renuncia tácita o presunta;
- Reconocimiento del derecho en una norma imperativa.

Estos criterios marco, en suma, nos van a ser de utilidad para esbozar una materialización de la hipótesis 3 de nuestro trabajo. Efectivamente, no basta entonces sólo una categorización de los derechos irrenunciabiles y

renunciabiles, sino deviene necesaria correlacionar los criterios de campo para una identificación ordenada de las figuras de irrenunciabilidad y renunciabilidad. Propiamente se trata, en términos de investigación, de correlacionar las variables y los indicadores para obtener una conclusión valedera en el ámbito del diseño de investigación no experimental transeccional correlacional.

3.4. La predictibilidad judicial y su vinculación al tema de la irrenunciabilidad de derechos

Referíamos al desarrollar la introducción de nuestra Tesis, la importancia que reviste para un ordenamiento jurídico, conforme a Bobbio¹¹⁰, que los caracteres de unidad, coherencia y plenitud se manifiesten adecuadamente. Justificamos ahora que solo en ese escenario, ha de lograrse una mejor predictibilidad de las resoluciones judiciales. Sin perjuicio de ello, veamos previamente cuál es la incidencia de esta idea de Bobbio.

Dice Bobbio que el ordenamiento jurídico debe gozar de *unidad*, como característica central, en razón de que todas las normas, sin excepción, le deben sujeción a la Constitución, respecto de la cual forman un concepto integral. Refiere Bobbio que el sistema jurídico, como *unidad* quiere decir que el Derecho de cada país es uno solo. En otros términos, conforme incluso recoge el Tribunal Constitucional peruano, no existen islas ni zonas exentas de control constitucional, en atención a que todas las normas quedan sujetas a un control de constitucionalidad, sin que pueda argüirse una zona de exención. La reflexión aquí se orienta a que el ordenamiento jurídico

¹¹⁰ BOBBIO, Norberto. “*Teoría del Ordenamiento Jurídico*”, 1960. En “Introducción al Derecho” de José Luis del Hierro. Editorial Síntesis, Madrid, 1997. Pág. 95.

constituye una masa compacta de decisiones normativas que están predeterminadas en una unidad indisoluble de la cual no se pueden sustraer.

Bajo el criterio de *coherencia*, Bobbio nos lleva al escenario en el cual no puede haber incompatibilidades reales en la solución de conflictos, y de existirlas, debemos entender que las mismas son aparentes por cuanto existen métodos de solución de controversias respecto de aquellas incompatibilidades, las cuales solemos denominar técnicamente antinomias. El ordenamiento jurídico, como un todo coherente, significa que tiene armonía interna, más allá de sus variantes y diferencias. En tal sentido, en un conflicto determinado podrán configurarse incompatibilidades entre normas pero objetivamente, ante una incoherencia en el ordenamiento jurídico, tendremos que recurrir a los criterios de solución de conflictos de las antinomias, los cuales considera el autor de Turín son sustancialmente tres, sin perjuicio de otros a utilizar.

Dichos criterios son *lex superior derogat inferior*, *lex posterior derogat anterior* y *lex specialis derogat generalis*. A través de ellos, entendemos que de existir incompatibilidad, a modo de ejemplo, entre la norma superior- digamos la Constitución – y la norma inferior- un Decreto Legislativo- primará evidentemente la norma superior, esto es, la Constitución, a excepción, claro está, de una condición especial de recurrencia, es decir, un conflicto en el cual, a modo de ejemplo, un derecho constitucional afectado no sea absoluto en su extensión y aplicación, y sea prevalente aplicar una norma inferior que prevea una subsunción normativa directa, caso en el cual, en modo excepcional prevalece una norma especial que bien puede asumir la condición de inferior en el rango legislativo.

A su vez, prevalece la norma posterior sobre la anterior, bajo un supuesto normativo cronológico, lo que podemos igualmente entender bajo el supuesto de que la norma posterior fijará nuevas condiciones de regulación que dejarán sin efecto los supuestos normativos de la norma primigenia.

Por último, la norma especial podrá prevalecer sobre la norma general en ciertas condiciones dadas, en las cuales la norma general no pueda establecer una situación general contextual de aplicación a un caso específico, supuesto que sí estaría abordando la norma especial.

Los supuestos señalados por Bobbio son solo referenciales dado que, conforme reconoce Rafael Asís de Roig¹¹¹, *“los métodos de solución de conflictos son muchos y no están sujetos a un criterio de prevalencia de uno respecto de otro”*. Es el juez quien deberá determinar cuál es el criterio aplicable en base a su preparación, conocimiento y aptitudes.

Finalmente, el estudioso italiano señala que es también la *plenitud* una característica inherente al ordenamiento jurídico. De la plenitud se empieza a hablar en la época medieval en la tradición románica que consideraba, en primer lugar, que el derecho romano era el único derecho que existía, y en segundo lugar, que el derecho romano estaba íntegramente recogido en el “Corpus Iuris”. La plenitud alcanza la categoría de dogma con el positivismo estatista del siglo XIX, expresado en las grandes codificaciones que tienen su origen en el Código Civil de Napoleón.

Bobbio parte de la premisa de que no puede haber lagunas en el ordenamiento. Y si las hubiere, ellas igualmente resultan aparentes en la medida que no puede haber una zona de vacío en un sistema. En efecto, si ante un conflicto determinado el juez no encuentra solución al problema, no puede alegar el juzgador la no solución del conflicto por ausencia de la norma aplicable. Será necesario, en tal caso, recurrir a los principios generales del Derecho, preferentemente, en nuestro caso, a los principios que se inspiran en el Derecho Peruano, y de corresponder, a la doctrina nacional e

¹¹¹ ASÍS DE ROIG, Rafael. *“Jueces y normas”*. *“La Decisión Judicial desde el Ordenamiento”*, Marcial Pons; Madrid, 1995. Pág. 177.

inclusive extranjera, si ello fuere necesario. En resumen, para Bobbio el ordenamiento jurídico con plenitud hermenéutica significa que siempre será posible encontrar una respuesta normativa dentro del Derecho, aunque no esté escrita en los textos.

Apreciamos entonces, globalmente, que el ordenamiento jurídico constituye un ente filosófico- existencial, diríamos sistemático para ceñirnos a nuestra disciplina, en el cual las tres características anotadas- *unidad, coherencia y plenitud*- manifiestan continuamente sus expresiones aplicativas, guiando al juez en su decisión, al menos en fase inicial, de motivar sus decisiones jurisdiccionales.

En concordancia con lo expuesto, necesitamos que el ordenamiento jurídico, para funcionar bien, se exprese igualmente denotando una predictibilidad razonable en las decisiones judiciales, dado que sin ella, el ordenamiento no podría ser coherente, en la forma exigida por Bobbio.

Fijados los criterios anteriores, la predictibilidad judicial es un punto trascendente en el desarrollo de esta Tesis, implicando parte inclusive del título del tema materia de estudio, de forma tal que es esbozada aquí como un tema de correlato necesario respecto al tema de la irrenunciabilidad de derechos en consideración a que enriquece el tema materia de discusión cuando resulta observable, a través de la propia jurisprudencia, que la irrenunciabilidad no resulta un tema aún claro al existir pronunciamientos jurisdiccionales en distintos sentidos sobre una misma materia.

La predictibilidad como concepto apunta a la uniformidad de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales en el mundo del derecho; de la misma forma, a que efectivamente exista una confianza del ciudadano en sus autoridades a fin de que las condiciones generadas en un caso y que ameriten un pronunciamiento del órgano jurisdiccional, sean a su vez tratadas de la misma

forma por otro órgano jurisdiccional, si las condiciones de uniformidad del caso son las mismas. La predictibilidad plantea entonces un tema de confianza en razón de que va a resultar predecible, en condiciones normales, que si las circunstancias a, b y c del caso “x” merecieron un resultado determinado, entonces dichas circunstancias, a b y c en el caso “y”, igualmente serán objeto de un pronunciamiento motivado con los mismos resultados.

En términos normales, debe ocurrir entonces lo mismo respecto a la decisión final. Y a ello debe apuntar uno de los fines del Derecho, cual es el de poner fin a una incertidumbre jurídica resolviendo de igual forma un problema de igual naturaleza.

Sin embargo, muchas veces ocurre que los problemas puestos en conocimiento del órgano jurisdiccional, adquieren resultados distintos, aún cuando las circunstancias son las mismas. Se crea, entonces, una falta de certeza y dudas respecto a cómo debió solucionarse el problema. Quizá esta dificultad pueda ser entendida a nivel de los estamentos básicos del Poder Judicial, es decir, Juzgados de Paz Letrados y Juzgados Especializados, en donde la falibilidad humana podría expresarse en cierto rango más numeroso por la cantidad existente de órganos de estas instancias, pero las más de las veces, resulta propio señalar que ello también ocurre en los órganos jurisdiccionales de segunda instancia, que en esencia ponen fin al conflicto, o bien en las órganos decisores de la Corte Suprema¹¹² y el propio Tribunal Constitucional, representando todos estos últimos órganos una exigencia de mayor predictibilidad.

¹¹² Al 30 de junio de 2008, se registra un total de 1760 dependencias, de las cuales 174 corresponden a Salas Superiores, 1097 a Juzgados Especializados y 477 a Juzgados de Paz Letrados. A su vez, existen 7 Salas Supremas y 5 órganos jurisdiccionales a nivel de Sala Penal Nacional y Juzgados Penales Supraprovinciales. Fuente: GERENCIA GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Informe Consolidado. Noviembre 2008.

Resulta entonces lógico que abogados y jueces asuman con preocupación que si estos órganos últimos son los llamados a sentar las bases jurisprudenciales necesarias, no resulte claro, por otro lado, cuál regla debe ser seguida, dado que, en ciertas ocasiones, estamos frente a sentencias, verbigracia, del Tribunal Constitucional, las cuales representan, respecto a un mismo problema, distintas posiciones. Ello es afrontado con un margen de incertidumbre por quienes hacemos un seguimiento minucioso de la evolución del derecho, en la medida que el mensaje resulta ser que no existe una regla clara a adoptar frente a los problemas que a futuro se susciten, si su naturaleza coincide con la de los problemas ocurridos en las resoluciones materia de examen.

3.4.1. LA CERIAJUS y la predictibilidad judicial

3.4.1.1. LA CERIAJUS y el reto de la reforma integral de la administración de justicia. Ideas previas

¿Por qué vincular predictibilidad y CERIAJUS? Precisamente porque es a nivel de la CERIAJUS, donde más se ha hecho una proyección tangible por revalorizar el tema de la predictibilidad judicial.

Hacer un diagnóstico a casi 5 años de la presentación pública de la propuesta de la CERIAJUS (Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia), puede llevarnos a ideas contrapuestas: de un lado, ha sido un esfuerzo extraordinario por encontrar puntos en común para una reforma integral de la administración de justicia, cohesionando criterios y aportes de distintos estamentos de la sociedad civil. De otro lado, las críticas más aciagas a la CERIAJUS involucran

que se trató de un proyecto cuyos avances reales han sido mínimos, en consideración a que no ha existido real voluntad política para materializar los acuerdos adoptados.

Nos inclinamos por asumir una posición intermedia: ponderamos que la CERIAJUS contiene buenas propuestas, algunas de ellas discutibles por su compleja puesta en práctica(como aquella de reducir la Corte Suprema a una Corte de Casación de 11 miembros, lo que de suyo implica una modificación constitucional) pero en suma, parte de los proyectos se ha materializado, lo que sin duda debe conducirnos a concluir que el proyecto CERIAJUS constituye un importante punto de partida de reformas sustanciales para el sistema de justicia.

A modo de ejemplo, un logro importante lo constituye la Ley de Carrera Judicial, positivizada a través de la Ley 29277, y aún con las imperfecciones de la misma y de los múltiples acápites que necesitan aún pronta corrección (verbigracia, la norma “mordaza” que restringe seriamente el derecho del juez a la libertad de expresión), creemos que el saldo vigente material de la CERIAJUS resulta aprobatorio.

Ahora bien, ¿podemos adelantar una idea de las razones por la cuáles no se ha materializado íntegramente la CERIAJUS? Nuestro parecer es que, al margen del factor altamente subjetivo que puede implicar la falta de voluntad política, juega un rol trascendente el costo económico de la implementación del proyecto. Es así que el Resumen Ejecutivo de la CERIAJUS¹¹³ consigna un requerimiento total de S/. 1, 346, 300,967, el cual se subdivide en las siguientes áreas:

¹¹³ CERIAJUS. Resumen Ejecutivo. Lima. 2004. Pág. 3

| Área | Monto estimado en S/. |
|---|------------------------------|
| Acceso a la justicia | 243'074,100 |
| Políticas anticorrupción, eticidad y transparencia | 11'764,454 |
| Modernización de los despachos judicial y fiscal | 547'073,015 |
| Recursos humanos | 1'470,000 |
| Gobierno, administración y presupuesto | 6'797,700 |
| Predictibilidad y jurisprudencia | 6'750,00 |
| Reforma del sistema penal | 529'371,698 |
| Adecuación normativa | 0 |
| TOTAL | 1,346'300,967 |

Sin perjuicio de lo expuesto, la propuesta de trabajo de la CERIAJUS no solo consideró una fría exposición de cifras, sino estimó necesaria la definición de criterios de corto, mediano y largo plazo. Por corto plazo se consideró un lapso no mayor a un año; por mediano, de uno a cinco años; y, por largo plazo, un término mayor a los cinco años.

3.4.1.2. La plataforma de la CERIAJUS

La CERIAJUS constituye un espacio global de discusión por la reforma de la justicia. El Resumen Ejecutivo de dicho proyecto señala¹¹⁴: “...nunca antes había sido posible crear un espacio de deliberación en el que participaran los diferentes actores institucionales de la justicia en el Perú y representantes de la sociedad civil para constituir las líneas maestras y diseñar las principales medidas de la reforma del sistema”.

Corresponde destacar que la CERIAJUS se produce en el marco de un Estado Democrático y Constitucional de Derecho y sobre la base de un amplio consenso entre las instituciones del sistema judicial y los representantes de la sociedad civil.

La propuesta de la CERIAJUS apunta a ¹¹⁵“permitir la construcción de un nuevo modelo de justicia que tenga en cuenta tres elementos esenciales:

- Garantizar la real vigencia de los derechos fundamentales dentro del más absoluto respeto por la autonomía e independencia jurisdiccional;
- El Plan Nacional debe estar en función de atender las demandas de justicia y que los proyectos y actividades a desarrollar estén siempre en función de la mejora del servicio al usuario; y,
- Las medidas de cambio deben otorgar y reforzar los elementos de la necesaria seguridad jurídica que permita la sana convivencia social y promueva el desarrollo económico del país.”

¹¹⁴ CERIAJUS. Preguntas y respuestas. Lima 2004. Pág. 28.

¹¹⁵ CERIAJUS. Resumen Ejecutivo. Pág. 1

3.4.1.3. Finalidad y plazo

Creada por la Ley 28083, la CERIAJUS tuvo como finalidad elaborar un Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia, que incluyera una propuesta global y concertada de la reforma de nuestro sistema de justicia.

Su plazo de funcionamiento fue de 180 días contados desde la instalación de la Comisión Especial el 24 de octubre de 2003. El 16 de mayo de 2004 se presentó públicamente al país el Plan Nacional formulado con participación de casi un centenar de personas, entre magistrados, abogados, especialistas, funcionarios pertenecientes a diversas entidades y por cierto los Titulares del Poder Judicial, Ministerio Público, Consejo Nacional de la Magistratura, Ministerio de Justicia y Academia de la Magistratura.

La composición de la CERIAJUS indica pues, una participación multidisciplinaria, lo cual nos remonta al viejo debate de si la reforma del sistema de justicia debe ser llevada a cabo por sus propios integrantes, digamos solo Poder Judicial, o si deben concurrir otros estamentos de la sociedad civil. En cuanto a la primera opción, de naturaleza cerrada, estimamos que la misma ha perdido fuerza en el contexto de decisiones macro de la sociedad civil, en la cual se inserta el Poder Judicial como institución matriz y representativa de un Poder del Estado y por consiguiente, no hay actuación ni espacios unilaterales de actuación institucional sino de interacción constante con otros organismos representativos de la sociedad. La segunda alternativa nos parece más viable, al comprender el aporte de otros actores de nuestro sistema de justicia. Y la premisa es racional: la mejora del sistema de justicia abarca, bajo un criterio de razonabilidad, que se tenga en cuenta cómo ven los demás

partícipes, la institución judicial y qué necesita mejorarse. Bajo dicha pauta, es un acierto una composición multidisciplinaria de la CERIAJUS.

3.4.1.4. Organización del trabajo de la CERIAJUS

La CERIAJUS se organizó en 10 Grupos de Trabajo Temáticos¹¹⁶:

1. Medidas urgentes en el sistema de administración de justicia;
2. Reforma parcial de la Constitución de 1993. Leyes Orgánicas y niveles de coordinación;
3. Modernización y Gestión del Despacho Judicial y Fiscal;
4. Recursos humanos: jueces, fiscales y demás operadores del sistema de justicia;
5. Gobierno y gestión administrativa del sistema de justicia. Presupuesto y cooperación técnica internacional;
6. Políticas anticorrupción, eticidad y transparencia en materia de administración de justicia;
7. Reforma del sistema penal;
8. Modificaciones puntuales de Códigos y normas conexas;
9. Acceso a la justicia y mecanismos alternativos de resolución de conflictos;
10. Predictibilidad y jurisprudencia.

3.4.1.5. Predictibilidad y normas

La predictibilidad también ha sido trabajada a nivel infraconstitucional y una de sus manifestaciones objetivas es la dación del Decreto Legislativo N° 959. La expedición de esta norma, de fecha 17 de agosto de 2004, logra hacer tangibles algunas

¹¹⁶ CERIAJUS. Preguntas y respuestas. Lima 2004. Pág. 5

modificaciones a varias instituciones procesales en materia penal: la competencia penal; la recusación; la acumulación; los incidentes procesales y la nulidad de transferencias; las facultades de la parte civil y de la Procuraduría Pública; la actuación probatoria en el juicio oral; la sentencia penal; el recurso de nulidad, el recurso de queja, el recurso de revisión; y además se configura el precedente jurisprudencial, a fin de contribuir a la mayor eficacia de la justicia penal, en el periodo de transición entre el viejo sistema normativo y el nuevo Código Procesal Penal.

Señala la norma en comento:

“Artículo 301°-A.- Precedente obligatorio.

1. Las sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, constituyen precedente vinculante cuando así lo expresen las mismas, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando la Sala Penal de la Corte Suprema resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente. En ambos casos la sentencia debe publicarse en el Diario Oficial y, de ser posible, a través del Portal o Página Web del Poder Judicial.

2. Si se advierte que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la respectiva Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, a instancia de cualquiera de las Salas, de la Fiscalía Suprema en lo Penal o de la Defensoría del Pueblo –en relación a los ámbitos referidos a su atribución constitucional- se convocará inmediatamente al Pleno de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para dictar una sentencia plenaria, la que se adoptará por mayoría absoluta. En este supuesto no se requiere la intervención de las partes, pero se anunciará el asunto que la motiva,

con conocimiento del Ministerio Público. La decisión del Pleno no afectará la sentencia o sentencias adoptadas en los casos que determinaron la convocatoria al Pleno de los Vocales de lo Penal. La sentencia plenaria se publicará en el Diario Oficial y, de ser posible, a través del Portal o Página Web del Poder Judicial”.

CAPÍTULO 4: MARCO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS

4.1. El principio de irrenunciabilidad de derechos en las Constituciones de 1979 y 1993.

Los materiales de estudio que son nuestra fuente de consulta en la investigación desarrollada por la AMAG, señalan:¹¹⁷

“La fórmula constitucional actual del principio de irrenunciabilidad de derechos es más escueta y menos precisa en algunos puntos que la recogida en la Constitución de 1979, lo que exige algunas precisiones de cara a la correcta aplicación del principio, La Ley Procesal de Trabajo que recoge éste y otros principios, debió ser el espacio normativo para su desarrollo, sin embargo, como ya se ha adelantado, se limitó a realizar una transcripción del precepto constitucional.”

Acota el estudio en mención:

“La norma constitucional silencia lo relativo a la infracción del principio, no obstante, consideramos que esta omisión no es en sí misma grave. Hemos descrito el principio de irrenunciabilidad como un mecanismo de autodefensa normativo de los derechos indisponibles del trabajador. Habría que agregar que el fundamento de dicha concepción es doble: de un lado, el espíritu protector del Derecho del Trabajo que, como se ha visto, considera al trabajador como la parte débil de la relación laboral, a partir de lo cual se presume que se encuentra en estado de necesidad y que, ante tales circunstancias, podría pactar cualquier cosa con tal de mantener su puesto de

¹¹⁷ AMAG. Op. Cit. Pág. 4

trabajo; de otro lado, el carácter imperativo que se atribuye al ordenamiento laboral. En esa medida, se considera que las normas laborales son de orden público y que, por tanto, no pueden ser transgredidas por la autonomía privada. Para ello, el propio ordenamiento contiene mecanismos de garantía interna que procuran lograr la plena eficacia de sus normas, En nuestro caso, el artículo V¹¹⁸ del Título Preliminar del Código Civil sanciona con nulidad los actos contrarios al orden público. “

Concluye la investigación aludida, señalando: “Por tanto, un análisis sistemático del ordenamiento nos lleva a la misma solución consagrada por la Constitución anterior, es decir, la sanción, no es otra que la nulidad del acto abdicativo (nulidad que podría ser parcial). En tal caso, la disposición nula se sustituye automáticamente por la disposición relegada en forma inválida”.

Una nota de interés a señalar se expresa en el hecho de que las normas constitucionales no requieren fijar las sanciones de infracción a un precepto constitucional. Ello queda para el ámbito de normas infraconstitucionales. La consecuencia a apreciarse, advertimos entonces, y para ello basta remitirnos al mismo supuesto de la disposición, es la improcedencia del acto de renuncia si se afectase un derecho irrenunciable.

Gómez Valdéz señala¹¹⁹:

“La Constitución de 1979 había establecido la regla fundamental siguiente: “los derechos reconocidos a los trabajadores son irrenunciables. Su ejercicio está

¹¹⁸ Artículo 5 Código Civil

Derechos de la persona humana

El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el artículo 6.

¹¹⁹ GOMEZ VALDEZ, Francisco. Op. cit. Pág. 71.

garantizado por la Constitución. Todo pacto en contrario es nulo” (artículo 57. primera parte) El enunciado abarcaba, entonces, a todas las posibilidades legales o profesionales en las que el trabajador, frente a su empleador, se hallare, sin importar la fuente del derecho que la inspirase. Era suficiente, pues, que el derecho existiese para que, ipso facto, fuese declarado irrenunciable. Por consiguiente, en una litis, al hallarse una dificultad de cualquier naturaleza, demostrando la existencia del derecho, inmediatamente era declarado irrenunciable por el juzgador. La redacción de la norma iba mucho más lejos: todos los derechos de los trabajadores estaban garantizados por la Constitución como irrenunciables, y cualquier pacto en contrario, estaba considerado nulo. De esta manera, todos los derechos que iba adquiriendo el trabajador en su tracto sucesivo laboral, estaban considerados como irrenunciables, con la protección de una norma fundamental y nula, ipso jure, cualquier transgresión a este principio”.

A continuación el mismo autor señala:

“Esta manera extensiva de tratar la Constitución de 1979 los asuntos laborales, ha merecido una abierta involución o regresión legislativa, al minimizar el artículo 26, 2) de la actual Carta Magna el “carácter irrenunciable de los derechos reconocidos (sólo) por la Constitución y la ley”. Así redactada la disposición, vemos una abierta involución entre uno y otro concepto habidos en ambas Constituciones, tanto en lo sustantivo como en lo formal. En efecto, mientras la norma constitucional derogada hablaba de la “irrenunciabilidad de los derechos” con criterio general; la actual norma toma un criterio harto excepcional, circunscribiéndolo a lo que inspiran las normas legales y constitucionales. Asimismo, la nueva Constitución ignora cuáles son las fuentes del Derecho del Trabajo que acuden en ayuda de las contrataciones laborales, pues al limitarlas a las de tipo estatal: Constitución y leyes, olvida que el desarrollo de la ajenidad laboral es eminentemente contractual y/o convencional, por lo tanto, su fuente de inspiración inicial es el propio contrato de trabajo, y lo secundan,

otras fuentes no menos importantes, como los convenios colectivos de trabajo, usos y costumbres, etc. Circunscribir a que solo cuando existan normas específicas que en su interpretación acarreen dudas insalvables, recién se balancearía a favor del trabajador la ubicada duda, pensamos que es un contrasentido legal.”

El juicio del autor resulta duro en términos de contraste entre una y otra institución. No le falta razón a Gómez Valdez cuando destaca el carácter tuitivo de la Constitución de 1979 frente al esquema no protector de la Carta Magna de 1993, y en relación a ello, debemos mencionar algunas líneas a propósito de un estudio nuestro¹²⁰:

“Resulta así objetivo apreciar que la Constitución de 1979 consagra un capítulo al trabajo, sobre un total de 8 capítulos, en el título denominado “Derechos y deberes fundamentales de la persona”, con un total de 16 artículos, en tanto que la Constitución de 1993, no incluye un capítulo vinculado al trabajo como tal, sino consigna este tema en sólo 8 artículos, incluyéndolo como tema general entre los Derechos Sociales y Económicos en el Título denominado “ De la persona y la sociedad”, situación que en general se explica socioeconómicamente, respecto de la primera Constitución, por la fuerte tendencia social prevalente en la Asamblea Constituyente de 1979, ente que produjo un instrumento que normaba un enfoque integral sobre los derechos de la persona, no sucediendo lo mismo con las Constituciones de 1920 y 1933, que incluyeron escasas normas laborales en sus Títulos sobre Garantías Sociales, la primera, y sobre Garantías Nacionales y Sociales, la segunda.”

“En el contexto social histórico, respecto de la Constitución materia de comentario, aún existía la Unión Soviética, el Muro de Berlín, la glassnot (política de

¹²⁰ FIGUEROA GUTARRA, Edwin. *“Despido arbitrario. Estudio constitucional, comparado y jurisprudencial”*. Editorial San Marcos. Lima, 2009. Pág. 63.

transparencia) rusa aún estaba por gestarse, las economías sociales del mercado eran aún un proyecto en formación y Latinoamérica se debatía entre los retornos a la democracia y los gobiernos de facto.”

“Situación distinta ocurrió con la Constitución de 1993, fuertemente influenciada por una flexibilización de los derechos laborales, por un desmembramiento de las economías más rígidas del globo, por una mayor apertura de las economías sudamericanas a abrir sus fronteras a Tratados de Libre Comercio y formar bloques económicos, y en el caso del Perú, porque se consolidaba la necesidad de estabilizar una nueva concepción del país, luego que se produjo la intervención de facto del ex gobernante Alberto Fujimori en 1992. Debiéndose pues renovar el país, el gobierno de entonces buscaba legitimarse y hacerlo a través de una nueva Constitución, se convertía en un imperativo categórico. La Constitución de 1979 asumía con más riqueza la concepción del trabajo. Enunciaba el artículo 42, 4to. párrafo, que “ el trabajo en sus diversas modalidades, es objeto de protección por el Estado, sin disminución alguna y dentro de un régimen de igualdad de trato.” En el tema de extinción de la relación, el artículo 48 era explícito: “El Estado reconoce el derecho a la estabilidad en el trabajo. El trabajador sólo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada.”

“La Constitución de 1993, en cambio, no hace alusión expresa a la estabilidad laboral, limitándose el artículo 27 a enunciar que “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”, reduciendo la institución de la estabilidad laboral a un tema de protección delegado a la ley. Sí resulta importante destacar que la Constitución de 1993 ya hace mención expresa al despido arbitrario en tanto que la Constitución del 1979 consigna como supuesto de identificación el reconocimiento de la estabilidad laboral, implicando esta distinción la diferencia de concepciones políticas entre la Asamblea Constituyente de 1979 y el Congreso Constituyente Democrático de 1993, entes impregnados, de una fuente concepción social, la

primera, y de una apertura económica desregulatoria de los derechos laborales, el segundo.”

Estimamos que los juicios vertidos en la obra indicada, resultan suficientemente ilustrativos respecto a la diferencia de tratamiento a los derechos laborales en las Cartas Magnas aludidas.

4.2. El principio de irrenunciabilidad de derechos en la interpretación constitucional.

Hasta aquí hemos logrado desarrollar una serie de pautas metodológicas vinculadas con el planteamiento conceptual- doctrinario de la irrenunciabilidad de derechos en materia laboral. No siendo este estudio sino un esbozo filosófico, constitucional y laboral de la irrenunciabilidad de derechos, hemos descrito, a grandes rasgos, las manifestaciones principales del principio en mención. Corresponde ahora realizar un estudio de campo para observar nuestra hipótesis de trabajo referida al tema de la predictibilidad, idea por cierto vinculada a fallos que no resultan ser lo suficientemente uniformes conforme pasaremos a analizar. Esta hipótesis se vincula a la variable de constatación también relacionada con el tema de la predictibilidad, constituyendo indicadores de la misma, los fallos judiciales distintos sobre la misma materia a nivel de Tribunal Constitucional.

4.2.1. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

4.2.1.1. STC 2906-2002-AA/TC, del 20 de enero de 2004, proceso de amparo seguido por Mario Figueroa Ayala contra la Southern Peru Copper Corporation.

Antecedentes

Entre los principales hechos concernientes a este caso, tenemos:

1. Mario Figueroa Ayala interpone proceso de amparo contra la empresa Southern Perú Copper Corporation, alegando la afectación de sus derechos constitucionales a la libertad de trabajo, al debido proceso, al principio de razonabilidad de los actos, a la irrenunciabilidad de los derechos adquiridos, al de legalidad, de defensa, de igualdad y a no ser discriminado; y, en consecuencia, solicita que se declare nula y sin efecto legal la rebaja de categoría y de remuneraciones que se ha dispuesto prescindiendo del procedimiento preestablecido por la ley, y sin efecto la transferencia y cambio de funciones que venía desempeñando en la sección de operaciones de trenes; así como que se le restituya la condición laboral de empleado en el cargo de conductor de operaciones, y se le paguen las remuneraciones que, en su categoría de empleado, venía percibiendo.

2. Señala haber laborado para la demandante por más de 24 años y que habiendo adquirido la condición laboral de empleado, percibía una remuneración promedio de S/. 6,000.00. Acota que habiéndose fracturado el fémur izquierdo en el mes de noviembre de 1998, se reintegró a su actividad laboral en el mes de mayo de 2000, en el cargo de conductor empleado y que, posteriormente, al diagnosticársele una mialgia, que no requería más de 30 días de descanso médico, Southern Peru, en forma abusiva, ordenó que no se le diera su alta médica hasta que no fuera sometido a una nueva evaluación y calificación de invalidez por la COMAFP, lo que no aceptó.

3. Acota que ello dio lugar a que se le diera un descanso médico del 7 de agosto de 2000 al 11 de marzo de 2001, luego de lo cual la División Médica le dio de alta,

señalando que se encontraba apto para trabajar, lo que no fue aceptado por la empleadora.

4. Asimismo, expone que al no aceptar una renuncia voluntaria, fue coaccionado para firmar una carta y un acta, mediante las cuales renunciaba a sus derechos adquiridos y solicitaba una rebaja de categoría de remuneración y su transferencia de sección de trabajo.

5. Southern Peru aduce que, atendiendo a la solicitud del demandante, con fecha 10 de marzo de 2001, lo transfirió de área, informando de ello a la Autoridad Administrativa de Trabajo. Señala que el demandante no ha acreditado que la empresa se ha aprovechado de su apremiante necesidad de trabajo, ni de la supuesta coacción o intimidación de la cual ha sido objeto, y que, de existir vicios de voluntad, deberá iniciar la demanda correspondiente en la vía ordinaria.

6. El Sexto Juzgado Civil de Arequipa, con fecha 15 de abril de 2002, declaró improcedente la excepción de caducidad y fundada la demanda, por considerar que el demandante fue compulsado a aceptar un trabajo o puesto determinado con rebaja de categoría y su transferencia a otro puesto con disminución de remuneraciones, en abierta vulneración del derecho constitucional a la libertad de trabajo, reconocido en el artículo 23° de la Constitución.

7. La Sala Civil Superior revocó la apelada y, reformándola, declaró fundada la excepción de caducidad y, en consecuencia, improcedente la demanda, en aplicación del artículo 37° de la Ley N.° 23506, teniendo en cuenta la fecha de suscripción del acta precitada en autos.

Análisis de los fundamentos

1. La sentencia parte de la premisa de que la afectación en análisis es de carácter continuado en la medida que la reducción de la remuneración del demandante, se mantuvo vigente mes a mes. El criterio aquí adoptado no es concordante con la tesis de caducidad, en atención a que la afectación continuada se reservaba solo para los procesos pensionarios. Al introducir el Tribunal una afectación continua mes a mes, nos queda la duda de la fortaleza del argumento para igualar la situación laboral entre una pensión y una remuneración.

Ahora bien, ¿afectación continuada puede involucrar imprescriptibilidad? A nuestro juicio, no. El Tribunal Constitucional¹²¹, en otro fallo, ya se ha pronunciado en el sentido de estimar que: *“Una cosa es la irrenunciabilidad de derechos, esto es, su naturaleza inalienable en su condición de bienes fuera de la disposición (...), y otra cosa distinta es la “sanción” legal que se impone al titular de un derecho que, tras su agresión, no ejercita el medio de defensa en un lapso previsto normalmente en la ley.”* En posición del Tribunal, la prescripción no supone la denegatoria del derecho en cuestión, sino la restricción del remedio procesal para exigirlo. Bajo esta pauta, la prescripción no opera por la voluntad del trabajador, sino por un mandato de la norma que sanciona su negligencia en pos de la seguridad jurídica. Concluye el supremo intérprete señalando que los derechos laborales, como cualquier otro derecho, requieren de cierta diligencia por parte de su titular para garantizar su ejercicio. En suma, verificamos que la sustentación entre afectación continuada, la cual acepta en forma indirecta la imprescriptibilidad, y el fallo en comento, que deniega la tesis de la imprescriptibilidad, implican pronunciamientos contradictorios que crean una situación compleja para los decisores jurídicos, escenario que es menester evitar. ¿Cuál posición seguir? En nuestra opinión, la tesis de rechazo a la imprescriptibilidad implica una

¹²¹ STC 04272-2006-PA/TC caso Luis Roncal Salazar. F.J. 5

mejor sustentación constitucional e impone una regla de razonabilidad, a fin de que los procesos no puedan ser interpuestos una vez transcurridos los plazos legales para la exigencia del derecho.

2. El fundamento jurídico cuarto resulta de interés cuando señala: *“La Constitución protege, pues, al trabajador, aun respecto de sus actos propios, cuando pretenda renunciar a los derechos y beneficios que por mandato constitucional y legal le corresponden, evitando que, por desconocimiento o ignorancia –y sobre todo, en los casos de amenaza, coacción o violencia–, se perjudique.”* La tesis aquí expuesta coincide con muchos de los planteamientos de nuestra Tesis. La Constitución hace operar el principio de irrenunciabilidad en casos de amenaza, coacción o violencia, circunstancias que se condicen con afectaciones a nivel constitucional y no deben ser derivados a la vía civil si conceptuáramos que se tratan de vicios de la voluntad y consiguientes figuras de anulabilidad del acto jurídico.

3. Constituye una referencia de interés que Tribunal diferencie entre rebaja de categoría, rebaja de sueldo y la rotación del trabajador de un área a otra. Los dos primeros casos, para el Tribunal, implican hechos que no pueden ni deben ser tolerados en el ordenamiento jurídico, en atención a que están en abierta contradicción con los artículos 23º y 26º, inciso 2), de la Constitución. Bajo esta pauta, infiere que la solicitud del actor no es nula en su totalidad, sino en los extremos de ella que son contrarios a la Constitución y la ley. Concluye entonces que parte de su contenido es aplicable a la relación laboral y por tanto, teniendo en cuenta que el demandante manifestó su disposición a ser trasladado, lo cual fue aceptado por Southern Peru, no puede ésta pretender sustraerse de las consecuencias de sus actos.

Aquí nos queda la duda del argumento de vigencia de la Ley 9463. En relación a este rubro, Fernando Elías¹²² señala:

“... la posibilidad de reducir las remuneraciones está autorizada expresamente por la Ley 9463, del 17 de diciembre de 1941, siempre que medie aceptación del trabajador. Igual situación es contemplada, contrario sensu, por el artículo 30 inciso b), del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, aprobado por Decreto Supremo 003-97-TR, y el artículo 49 de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo No. 001-96-TR, que consideran que la reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría como acto de hostilidad equiparable al despido. “

En efecto, si partimos de estimar que el artículo 22 de la Constitución es aplicable al caso sublitis, debió cuando menos advertirse una valoración constitucional de la Ley 9463, la cual no ha sido derogada en nuestro ordenamiento jurídico y en consecuencia, conserva su vigencia. ¿Cómo compatibilizar esta situación a la luz de lo analizado en esta Tesis Doctoral?

A nuestro juicio, no ha existido en esta sentencia la concordancia de análisis suficiente entre la norma y la disposición constitucional. Bien pudo inaplicarse la norma y permitir la plena aplicación del dispositivo constitucional, mas ello no es desarrollado en forma alguna por el Tribunal.

4. Otro aspecto que no es desarrollado vía suficiente motivación reside también en que respecto del acuerdo celebrado entre las partes, se reconoce validez al acuerdo de traslado del trabajador mas no así a la rebaja de remuneración y categoría que se había convenido. Es decir, el Tribunal conviene en aceptar parte de la validez del

¹²² ELIAS MANTERO, Fernando. “Contradicción jurisprudencial. Resoluciones del Tribunal relacionadas a la rebaja de remuneración”. Revista Actualidad Laboral. Lima, 2004.

acuerdo, determinando su inaplicación al transgredirse el artículo 22 y 26 inciso 2 de la Constitución.

5. Un tema central en este enfoque, a tenor de lo señalado, lo constituye la procedencia de la rebaja de remuneración del actor. Si el artículo 30 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral tipifica como acto de hostilidad equiparable al despido, la reducción inmotivada de la remuneración, o categoría, entonces inferimos, *contrario sensu*, que sí resulta procedente una reducción motivada, cuyo límite dispositivo, hemos señalado, no puede ir más allá de la remuneración mínima vital.

6. Un aspecto controversial de esta sentencia, no obstante que no manejamos sumas exactas, pudo ejemplificarse de la siguiente forma y aquí debemos contrastar lo desarrollado en esta Tesis: si el trabajador afectado ganaba S/ 5,000 y existe rebaja de remuneración por mutuo acuerdo a S/ 3,000, ¿existe o no renuncia de derechos? Asumimos que no, por cuanto la suma de S/ 3,000 continúa siendo una remuneración regular por encima del mínimo establecido por ley. Sin embargo, cabe destacar aquí que no podemos dejar de tener en cuenta otro escenario, conforme se desprende de otras pautas fácticas de la sentencia y ello lo constituye, que pudiera haber existido coacción o amenaza del empleador. Esta circunstancia, si hubiere existido, no la podemos descartar si consideramos que el empleador pudiera eventualmente imponer condiciones y esto sí resultaría una práctica laboral reprobable.

Sin embargo, el amparo constituye una vía que por su sumariedad, residualidad y urgencia, solo puede verificar actos de manifiesta afectación, es decir, que fluyan de los propios recaudos acompañados con la demanda. O bien que fluyan de la contestación a la demanda por acreditarse, con el emplazamiento, la afectación de un derecho fundamental. Si no fluye tal afectación en modo manifiesto, corresponde desestimar la tutela urgente solicitada. Vale decir, para que el proceso sea resuelto

en la vía extraordinaria del amparo, debe existir fundamentalidad y relevancia de la pretensión, esto es, debe concurrir la afectación de un derecho constitucional.

7. Ya el Tribunal se ha pronunciado cuando hay carencia de fundamentalidad y relevancia constitucional¹²³ en el modo siguiente:

“ Que sobre el particular cabe precisar que este Colegiado en reiterada jurisprudencia ha sostenido que el artículo 5°, inciso 1), del Código Procesal Constitucional constituye un presupuesto procesal de observancia obligatoria cuando se trata de identificar la materia que puede ser de conocimiento en procesos constitucionales como el amparo. En efecto procesos como el amparo, por la propia naturaleza del objeto a proteger, sólo tutelan pretensiones que están relacionadas con el ámbito constitucional de un derecho fundamental susceptible de protección en un proceso constitucional. De este modo, no pueden ser conocidas en un proceso como el amparo: i) pretensiones relacionadas con otro tipo de derechos (de origen legal, administrativo, etc.), lo que requiere ciertamente de una precisión: el hecho de que un derecho se encuentre regulado en una ley, reglamento o acto de particulares no implica per se que carezca de fundamentalidad o relevancia constitucional y que consecuentemente no sea susceptible de protección en la jurisdicción constitucional, pues existe un considerable número de casos en los que la ley, el reglamento o el acto entre particulares tan sólo desarrollan el contenido de un derecho fundamental de manera que este contenido, por tener relevancia constitucional, sí es susceptible de protección en la jurisdicción constitucional. Lo que no es protegible en un proceso constitucional es aquel contenido de una ley, reglamento o acto de particulares que carezca de fundamentalidad o relevancia constitucional. Así por ejemplo, es un derecho sin relevancia constitucional el derecho de posesión

¹²³ STC 03227-2007-PA/TC caso Abad Paredes

regulado en el artículo 896° del Código Civil o los beneficios de combustible o chofer para militares regulados en el Decreto Ley N.° 19846; y ii) pretensiones que, aunque relacionadas con el contenido constitucional de un derecho fundamental, no son susceptibles de protección en un proceso constitucional sino en un proceso ordinario. Así por ejemplo, no se protegen en el amparo contra resoluciones judiciales aquellas pretensiones mediante las cuales se persigue una nueva valoración de la prueba o la determinación de la validez de un contrato, entre otras.”

8. En el caso *sub judice* es de observarse que el Tribunal ha valorado la afectación del principio de irrenunciabilidad una vez verificados los acuerdos lesivos empresa-trabajador. Sin embargo, nos parece que la motivación no ha sido la más convincente pues no se tiene en cuenta el análisis de la Ley 9463, sobre la reducción válida de sueldos en caso de acuerdo empleador- trabajador.

4.2.1.2. STC 09-2004-AA/TC, proceso de amparo seguido por Roberto Castillo Melgar contra Empresa Prestadora de Servicios EPS SEDAPAR

Antecedentes

1. Roberto Castillo Melgar, con fecha 10 de julio de 2002, interpone acción de amparo contra la Empresa Prestadora de servicios (EPS) SEDAPAR S.A., con el objeto que se declare la nulidad y se deje sin efecto la rebaja de nivel, categoría y remuneración que se le viene aplicando, nulidad que debe hacerse extensiva a los demás actos derivados de la precitada rebaja; asimismo, solicita que se ordene su reposición en la condición de Asesor de Gerencia General, y la restitución de las remuneraciones y demás derechos laborales inherentes al cargo.

2. Señala el demandante que ingresó a laborar en la emplazada por concurso público con fecha 18 de agosto de 1975, llegando a desempeñarse como Asesor de Gerencia General, cargo al que accedió mediante la reasignación dispuesta por Resolución de fecha 20 de diciembre de 1996. Hace saber, también, que la demandada, mediante Resolución de fecha 7 de octubre de 1998, dio por concluida sus labores en el cargo de asesor que venía desempeñando, poniéndolo a disposición de la Gerencia Administrativa, sin que a la fecha tenga un cargo específico, manteniendo la condición de “profesional ambulante”.

3. Añade que, con fecha 15 de marzo de 1999, fue compelido por la emplazada a suscribir una carta mediante la cual solicitó que se le rebaje de nivel, categoría y remuneraciones; y que, posteriormente, con fecha 25 de octubre de 1999, suscribió un convenio formalizando las citadas rebajas. Refiere, del mismo modo, que sin embargo, con fecha 27 de octubre de dicho año, solicitó revocar dicho convenio, debido a que afectaba derechos irrenunciables, y que la mencionada solicitud no fue oportunamente resuelta, por lo que dio por denegado su pedido en aplicación del silencio administrativo negativo. Finalmente, contra dicha resolución ficta, con fecha 30 de noviembre de 2001, interpuso recurso de apelación, el cual, mediante Resolución de fecha 29 de abril de 2002, fue declarado improcedente por la demandada.

4. Añade que, al haberse dispuesto la rebaja de nivel, categoría y remuneración, la demandada ha vulnerado sus derechos constitucionales a la libertad de trabajo, al debido proceso, a la irrenunciabilidad de los derechos adquiridos, a la legalidad, a la defensa y a no ser discriminado, así como los principios de autonomía de la voluntad y de razonabilidad de los actos.

5. SEDAPAR contesta la demanda manifestando que el demandante accedió al cargo de Asesor de Gerencia General mediante la Resolución de Directorio, la cual califica dicho cargo como de “confianza”, y que la remuneración y la categoría obedecen a la designación en tal cargo. Sostiene que el actor solicitó la “recalificación” del cargo de confianza, pedido que fue declarado improcedente. Asevera que dicho pronunciamiento no fue impugnado y que, como efecto de la Resolución emitida, dio por concluidas las labores del actor en el cargo de confianza, y se le reasignó en el cargo de Adjunto Legal en la Oficina de Logística, el cual está consignado en el cuadro de Asignación de Personal.

6. Finalmente, respecto al convenio de rebaja de nivel, categoría y remuneraciones, refiere que se trataba de beneficios producto de la designación en el cargo de confianza y que, además, a pesar de no ser necesaria su celebración, pues no eran derechos adquiridos por el trabajador, ese convenio está previsto por la Ley N. ° 9463, que permite la rebaja de remuneraciones con autorización del trabajador.

7. El Noveno Juzgado Civil del Módulo Corporativo Civil II de Arequipa, con fecha 18 de febrero de 2003, declaró infundada la demanda, por considerar que el demandado desempeñaba un cargo calificado como de confianza, como se desprende de la Resolución N. ° 20790-96/S-1002, y que es potestad del empleador el retiro de la confianza a un funcionario en un cargo calificado como tal. La Sala Civil Superior confirmó la apelada, por los mismos fundamentos.

Análisis de los fundamentos

1. En contraria posición a la sentencia materia de comentario anterior, en la cual se considera una situación de afectación continua de derechos irrenunciables, en esta sentencia el Tribunal asume una posición distinta: y señala en el fundamento jurídico primero: “ *El plazo prescriptorio establecido por el artículo 37.° de la Ley N.° 23506,*

en el extremo de la demanda referida a la rebaja de nivel y categoría, ha operado largamente, no habiendo el recurrente acreditado haber estado en la imposibilidad de defender oportunamente sus derechos presuntamente violados, interponiendo las acciones judiciales o administrativas que le franqueaba la ley.”

2. Resulta evidente que existe una contradicción manifiesta entre ambas sentencias. En el primer caso, se estima que no opera la prescripción. En este segundo caso, se pondera que sí. Consideramos que esta forma de resolver, afecta el principio de predictibilidad de modo notorio.

3. La sentencia acota: *“La posibilidad de reducir las remuneraciones está autorizada expresamente por la Ley N. ° 9463, del 17 de diciembre de 1941, siempre que medie aceptación del trabajador. Igual situación es contemplada, contrario sensu, por el artículo 30. °, Inciso b), del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N. ° 728, aprobado por Decreto Supremo N. ° 003-97-TR, y el artículo 49. ° de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 001-96-TR, que consideran la reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría como acto de hostilidad equiparable al despido. Sin embargo, el actor manifiesta que fue compelido por la emplazada a firmar dicho convenio.”*

4. Existen dos aspectos importantes a determinar: de un lado, esta sentencia sí acepta la Ley 9463, en cuanto permite la reducción de la remuneración, previo acuerdo de partes, a diferencia de la sentencia 2906-2002, que ni enuncia análisis alguno respecto a la Ley 9463, ni considera válido el acuerdo de reducción de remuneraciones. De otro lado, es importante advertir que el trabajador alega que fue obligado a firmar el acuerdo de reducción. Este último aspecto, considera el Tribunal, requiere etapa probatoria y por ende, debe ser derivada la litis a otra vía, no siendo el amparo la vía propicia para su calificación, dada la sumariedad del proceso constitucional y la inexistencia de etapa probatoria.

5. Podemos alegar en suma, respecto de esta causa, que el Tribunal desarrolla una diferenciación clara entre la invalidez de los actos de disposición opuestos al principio de irrenunciabilidad y la de los actos de disposición afectados por un vicio de la voluntad.

6. A manera de colofón, es pertinente informar que la contradicción entre las sentencias materia de estos comentarios- 2906-2002-AA/TC y 009-2004-AA/TC- resultó tan manifiesta, que trascendió a los medios escritos¹²⁴ la contradicción entre las resoluciones aludidas.

El Presidente del Tribunal Constitucional señala en una entrevista lo siguiente:

- ¿Las empresas pueden modificar válidamente los términos del contrato si se da la concurrencia de voluntades?

“En todas las situaciones en que haya expresión libre, franca y clara de la voluntad de las partes, se puede modificar el contrato de trabajo, sea para mejorar el monto de la remuneración o para su reducción. No existe inconveniente, si es que aceptan libremente las empresas y sus trabajadores. “

- ¿Como lo autoriza la Ley 9463?

“Así es. Ley que está vigente aún”.

- En consecuencia, ¿no hay fallos contradictorios en el tema?

“No, no hay contradicción, porque en un caso se produjo la libre expresión de la voluntad del trabajador; y en el otro, el TC consideró que no se había producido esa libre expresión. “

¹²⁴ EL PERUANO. “*Es válido pacto para reducción de sueldos.*” Entrevista al Dr. Javier Alva Orlandini, Presidente del Tribunal Constitucional. 31 de agosto de 2004. Pág. 12

- ¿No se trata de que el segundo corrige al primero...?”

“No. Hay coherencia en ambos.”

- (...) ¿Cuándo pueden los trabajadores renunciar a sus derechos? *“En principio, los derechos son irrenunciables, pero no hay derechos absolutos. De manera que frente a situaciones de grave crisis en la economía, pueden pactar para que se reduzca o modifiquen la cuantía de los salarios.”*

- Se afirmó que el primer fallo no solo se apartaba de la realidad, sino que constituía un precedente peligroso para las empresas.

“En absoluto, el Tribunal tiene que dictar sus sentencias de acuerdo a la realidad que vive el país. No se puede establecer una situación de estado de remuneraciones a empresas que tienen problemas de carácter económico. Entre el cierre de una compañía y el reajuste en el monto de los salarios, no solo en el Perú sino en muchos lugares del mundo, se opta por efectuar los reajustes que sean necesarios para permitir que las empresas continúen funcionando.”

7. El debate académico no se detuvo allí. Señala Puntriano Rosas ¹²⁵: *“La jurisprudencia ha confirmado la admisibilidad de los pactos de reducción de remuneraciones. La Corte Suprema ha reconocido lo anterior en la casación 2919-97-Santa, del 28 de abril de 1999, al indicar:”(...) la posibilidad de reducir las remuneraciones a nivel individual, está autorizada incluso por la Ley 9463, siempre que medie aceptación del trabajador, es decir, que haya acuerdo bilateral.”*

¹²⁵ PUNTRIANO ROSAS, Cesar. *“Jurisprudencia admite rebaja de remuneración”* EL PERUANO, 01 de setiembre de 2004. Pág. 18.

4.2.1.3. STC 0025-2007-PI/TC, Decano del Colegio Nacional de Profesores del Perú contra el Congreso de la República.

Antecedentes

1. El presente caso versa sobre el proceso de Inconstitucionalidad interpuesto por el Decano Nacional del Colegio de Profesores del Perú contra los artículos 3º, 11º inciso d), 12º, 17º, 29º segundo párrafo, 40º, 41º, 51º, 53º, 54º, 63º, 65º inciso c), así como la Sexta y la Décimo Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N.º 29062 – Ley que modifica la Ley del Profesorado en lo referido a la Carrera Pública Magisterial.

2. Alegan los interesados vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo, a una remuneración equitativa y suficiente, y a la huelga, así como los principios a la presunción de inocencia, a la jerarquía de normas, a la irretroactividad de las leyes, a los principios de la relación laboral, a lo establecido respecto al Estado y la Política Educativa, y a la obligación del Estado de promoción del trabajo.

3. La norma sometida a control, en el extremo que nos interesa respecto al principio de irrenunciabilidad, es la Décimo Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N.º 29062 – Ley que modifica la Ley del Profesorado en lo referido a la Carrera Pública Magisterial, la cual prevé: *“Entiéndese por remuneración íntegra a los conceptos de carácter regular y permanente que de manera continua percibe el profesor.”* Se invoca la afectación del artículo 26º inciso 2 de la Constitución.

4. El Decano Nacional del Colegio de Profesores del Perú señala que la norma impugnada establece una disminución en las remuneraciones y bonificaciones, desconociendo derechos adquiridos, más aún cuando equipara la remuneración íntegra a la remuneración total permanente.

5. El Congreso de la República contesta la demanda señalando que la educación debe ser considerada como un servicio público esencial en concordancia con el artículo 1º de la Ley N° 28988 – Ley que declara a la Educación Básica Regular como servicio público esencial. Expresa que no se presenta la supuesta afectación de derechos adquiridos alegada por el demandante, dado que en nuestro país la teoría de los derechos adquiridos tiene una aplicación restringida en el ámbito constitucional, limitándose exclusivamente a los casos que de manera expresa señale la Constitución, por lo que, tratándose de sucesión normativa, la teoría de los derechos adquiridos se restringe únicamente a los derechos pensionarios y no a otra clase de derechos.

Análisis de los fundamentos

1. La parte demandante alega que la Décima Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la ley cuestionada vulnera el principio de irrenunciabilidad de derechos en la relación laboral, por cuanto equipara la remuneración íntegra a la remuneración total permanente, desconociendo los derechos adquiridos por los profesores.

2. La remuneración total permanente, es importante acotarlo, implica un criterio referencial de liquidación que no llega a significar el íntegro de la remuneración, como

en efecto lo constituye en el sector privado¹²⁶, la compensación por tiempo de servicios, la cual asume como referencia la remuneración regular del trabajador.

3. Con relación al principio de irrenunciabilidad de derechos laborales, el Tribunal advierte que en el caso materia de examen, el Congreso de la República, en el ejercicio de su función legislativa consagrada en el inciso 1) del artículo 102° de la Constitución, modifica normas en materia laboral, las cuales son de aplicación inmediata a las situaciones jurídicas existentes, lo que resulta constitucionalmente válido, pues el Poder Legislativo actúa en ejercicio de su función atribuida por la Carta Magna. Bajo este argumento, desestima la pretensión en este extremo.

4. Señala el Tribunal que los profesores (trabajadores) no disponen de ningún derecho vigente, sino que se trata de una sucesión normativa en materia laboral, por lo que no resulta aplicable el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales. De la misma forma, señala que el artículo 103° de la Constitución dispone que la ley se deroga por otra ley y que la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, con lo cual admite la teoría de los hechos cumplidos. Bajo esta pauta, las normas laborales no resultan inderogables ni inmodificables, pues el Poder Legislativo en ejercicio de su función constitucional, puede modificarlas sin que ello suponga una vulneración de los derechos de los trabajadores se invoca un pronunciamiento de la Corte Constitucional de Colombia que señala:

“la ley podrá siempre modificar, adicionar, interpretar o derogar la normatividad legal precedente, sin que sea admisible afirmar que en el ordenamiento jurídico existen estatutos legales pétreos o sustraídos al

¹²⁶ Artículo 9 del Decreto Supremo 001-97-TR Ley de Compensación por Tiempo de servicios

Son remuneración computable la remuneración básica y todas las cantidades que regularmente perciba el trabajador, en dinero o en especie como contraprestación de su labor, cualquiera sea la denominación que se les de, siempre que sean de su libre disposición. (...)

poder reformador o derogatorio del propio legislador. (...) [Por tanto] no se sigue que las normas legales de carácter laboral sean inmodificables”¹²⁷

5. A tenor de lo expuesto, el hecho de que se produzca una sucesión normativa en materia laboral, indica el Tribunal, no puede ser considerado como una vulneración del principio de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, pues dicho principio tiene por finalidad evitar que el trabajador renuncie a sus derechos laborales reconocidos por la Constitución y la ley.

6. No queda muy en claro, en cierto modo, que el único argumento de fuerza del Tribunal, pudiera constituirlo la sucesión normativa, es decir, que una ley pudiera derogar otra ley contraria a su contenido. Intuimos que faltó aquí desarrollar con mayor fuerza un argumento de mejor motivación constitucional, pues es de notar, conforme al ejemplo señalado en el acápite primero de esta parte, que la CTS se liquida en el sector privado en base a la remuneración regular. ¿Por qué no liquidar, entonces, a los profesores con la remuneración íntegra y no con la remuneración total permanente, que viene a implicar un subconcepto de liquidación? Creemos que en este extremo la sentencia de inconstitucionalidad del Tribunal, la cual no es apelable en forma alguna por ser instancia única, no conlleva el juicio de valor necesario para desestimar una petición en sede constitucional.

¹²⁷ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia recaída en el Expediente N° C-529/94.

4.2.2. Jurisprudencia de la Corte Suprema

Las Salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema tienen competencia¹²⁸ para conocer procesos laborales en última instancia. Hemos escogido 3 ejecutorias relevantes cuyo análisis pasamos a desarrollar:

4.2.2.1. Casación 863-2002- Callao, sobre reintegro de beneficios sociales. Sala Transitoria Social y Constitucional de la Corte Suprema.

Antecedentes

1. En el presente caso, la Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial S.A. CORPAC interpone recurso de casación contra la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao, que revoca la sentencia de fecha 07 de enero de 2003, que declara fundada en parte la demanda.

2. En el extremo que nos interesa, CORPAC sustenta su recurso en la inaplicación de normas de derecho material, referida a la Ley 9463.

¹²⁸ Resolución Administrativa 163-2005-CE-PJ

Establecen disposiciones para la distribución de expedientes de las Salas de Derecho Constitucional y Social Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República

PRIMERA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA:

Conocerá las casaciones laborales tramitadas con arreglo a la Ley Procesal de Trabajo, Ley N° 26636, recursos de nulidad laboral; así como quejas por denegatoria de recurso de casación, contiendas de competencia e inhibitorias correspondientes a esta materia, que se encuentran en trámite y las que ingresen a partir de la fecha.

SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA:

Conocerá las casaciones previsionales, casaciones en proceso contencioso administrativo tramitadas con arreglo a la Ley N° 27584, apelaciones laborales, apelaciones previsionales, apelaciones de auto laboral, apelaciones de auto previsional; así como quejas, contiendas de competencia e inhibitorias que no sean de conocimiento de la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria del Supremo Tribunal, que se encuentren en trámite y las que ingresen a partir de la fecha.

Análisis de los fundamentos

1. La Corte Suprema, en el voto en mayoría de los Vocales Román Santisteban, Villacorta Ramírez y Zubiarte Reyna, declara que la argumentación referida a la aplicación de la Ley 9463 deviene procedente, pues dicha norma se encontraba vigente al momento de los hechos y aún a la fecha de expedición del fallo. En consecuencia valida el acta de trata directo entre las partes.

2. Por otro lado, considera que desde la dación de la Ley 9463(1941), debe interpretarse con meridiana claridad y por interpretación literal, que se acepta la rebaja de remuneraciones en la premisa de que ésta sea pactada expresamente por el trabajador, como sucede en el caso de autos. Acota, de la misma forma, que igualmente se encontraba vigente el texto primigenio del Decreto Legislativo 728, el cual en su artículo 88 inciso b, preveía: *“b) La empresa con el sindicato o con los representantes de los trabajadores a falta de éste, entablarán negociaciones para acordar las condiciones de cese colectivo o medidas que puedan adoptarse para evitar o limitar el cese de personal y que entre tales medidas, precisamente figura la modificación de las condiciones de trabajo.”*

3. Concluye este fallo en mayoría, declarando fundado el recurso de casación y en sede de instancia, revocan la sentencia que declaraba fundada en parte la demanda; reformándola, la declaran infundada.

4. El voto en minoría, correspondiente a los Vocales Infantes Vargas y Rodríguez Esqueche, hace una interesante referencia a las circunstancias de vigencia de la Ley 9463 y de la Constitución de 1979. Señalan que esta última

estableció la irrenunciabilidad de los derechos laborales, sancionando con nulidad todo pacto destinado a impedir su ejercicio.

5. Señala, de la misma forma, que las instancias de mérito han establecido que la rebaja de nivel remunerativo del demandante se sustenta en el convenio denominado “acta de trato directo” y que ha sido firmada durante la vigencia de la Constitución de 1979. En tal sentido, aplicando control difuso, el voto en minoría estima que tales acuerdos deben ser declarados nulos *ipso jure* por contravenir flagrantemente el texto constitucional. Bajo tal planteamiento, la decisión en minoría opina por declarar infundado el recurso de casación

6. De la comparación de criterios vertidos, resulta de mucho interés concluir que la Sala que expidió el fallo en comento, por mayoría se adhirió a la tesis de aplicación de la Ley 9463. A su vez, el voto en minoría estima que debió prevalecer la Constitución de 1979 por ser más tuitiva.

7. En nuestra opinión, en tanto no exista un análisis constitucional motivado que inaplique la Ley 9463, consideramos que ésta debe servir de criterio técnico de resolución de este tipo de conflicto, siempre que no se infrinjan derechos indisponibles.

4.2.2.2. Casación 1781-2005. Lima Primera Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema

Antecedentes

1. El recurso de casación es interpuesto por el Banco de la Nación contra la sentencia que confirma la resolución de primera instancia, que a su vez declara fundada la demanda. Las sentencias previas, amparadas en el principio de irrenunciabilidad de derechos, amparan la pretensión del trabajador, quien solicitaba que quedara sin efecto el acuerdo de rebaja de categoría y de e remuneración, en mérito a un programa de reestructuración y racionalización administrativa, financiera y personal. Dicho programa facultaba al Directorio a dictar normas de austeridad y de remuneraciones, al encontrarse la institución sobredimensionada y deficiente en diversas áreas.

Análisis de los fundamentos

1. Es importante anotar que la sentencia en comento contiene un voto en mayoría- el de los Vocales Villa Stein, Rojas Maraví, Salas Medina y Estrella Cama, correspondiéndole a esta última un voto singular, es decir, de concordancia con el fallo pero bajo otros argumentos de motivación. Por otro lado, el voto en discordia pertenece al Vocal Villacorta Ramírez.

2. El voto en mayoría aplica, como argumento principal, la tesis de que la Ley 9463(del año 1941), ha sido derogada tácitamente por la Constitución de 1979, en razón de que esta última prescribe la irrenunciabilidad de derechos laborales. En tal sentido, el pacto de reducción de remuneraciones deviene ineficaz, en tanto el *jus variandi* de que goza el empleador no le autoriza el cambio sustancial que afecte un derecho de orden constitucional del trabajador.

3. La argumentación de la Sala resulta netamente tuitiva. Sin embargo, ¿podemos conceptuar la derogación tácita de la Ley 9463? La derogación tácita exige en nuestra opinión, cuando menos, la concurrencia de dos

factores: a) La existencia de una nueva norma con efectos incompatibles respecto a la norma primigenia que se consideraría precluida; b) La concurrencia de circunstancias de hecho que induzcan a establecer con certeza, la derogación de la norma previa.

4. En el caso en comento, verificamos que se cumple solo el primer requisito en atención a que la Constitución de 1979 efectivamente representa la aplicación de la tesis amplia de la irrenunciabilidad de derechos a favor del trabajador. Sin embargo, no podemos estimar cumplido el segundo requisito en razón de que la jurisprudencia de la propia Corte Suprema ha venido sosteniendo una posición contraria a la derogación tácita de la Ley 9463. En tal sentido, la casación 2919-97-Santa, de fecha 17 de enero de 1999, resolución firmada por los vocales Buendía, Beltrán, Almeida, Seminario y Villacorta, sostienen en los fundamentos jurídicos 9 y 11 de su decisión:

“En doctrina se conoce estas decisiones como una negociación in peius, a través de la cual se puede pactar condiciones inferiores a las adquiridas, si media voluntad de las partes ante la existencia de una causa de fuerza mayor o caso fortuito. (...) La posibilidad de reducir las remuneraciones a nivel individual está autorizada por la Ley 9463, siempre que medie aceptación del trabajador, es decir, que haya acuerdo bilateral, por lo que al trasladar esta facultad al campo colectivo, tiene las mismas connotaciones que permiten reconocer la validez de un pacto como el que es materia de análisis (...). En consecuencia, no se habría violado ninguna de las normas de derecho material invocadas por el recurrente (...).”

5. Podemos entonces inferir, nuevamente, que una Sala Suprema en el año 1999 opina de una forma, amparando la validez de la Ley 9463, y otra, en el año 2007, emite un fallo distinto en posición totalmente contraria a la decisión

anterior, al alegar la derogación tácita de la Ley 9463. ¿Cómo conceptualizar esta falta de predictibilidad? A nuestro juicio, resulta una tarea compleja, en parte, atendiendo a la independencia de criterio de los magistrados. No obstante ello, es razonable que el impulso de Plenos Jurisdiccionales pudiera eventualmente impulsar una mayor uniformidad de criterios en las más altas instancias.

6. El voto en mayoría incluye el voto singular de la Vocal Estrella Cama, quien precisa su discrepancia con la derogación tácita de la Ley 9463. Y acota un fundamento de mucho interés: considera el amparo de la pretensión pues pondera que hubo vicio de la voluntad del trabajador, al ser obligado a suscribir el acuerdo. Esta tesis nos parece más sostenible para el amparo de la demanda pues objetivamente no llegamos a la convicción de que se hubiera producido la derogación tácita de la Ley 9463. Sin embargo, si de la prueba aportada fluye que hubo coacción del empleador, en cualquiera de las formas prescritas por ley, estimamos que resulta plenamente atendible la pretensión del trabajador, y censurable la acción del empleador.

7. El voto en minoría del Vocal Villacorta Ramírez, reproduce la tesis de fuerza mayor abordada en la casación 2919-97 antes referida, y se centra en la necesidad de reorganizar el centro de trabajo del accionante. Por consiguiente, ubica la tesis de amparo de la casación en la necesidad objetiva de acordar- empresa y trabajadores- medidas para evitar el cese de éstos. Acota que la influencia de factores externos conduce a una situación objetiva que así como afectaba a la parte empleadora, también podía repercutir válidamente sobre el contrato de trabajo del actor.

8. Adoptamos como posición doctoral, a efectos de definir las conclusiones de esta Tesis, el fundamento del voto en minoría. Dicha decisión argumenta

razonabilidad respecto a factores externos que puedan transformar el escenario de la relación laboral. Es nuestro parecer que la Ley 9463, no habiendo sido derogada, se encuentra vigente, y ya Zagrebelsky, en este estudio, nos advierte la necesidad de una valoración de los derechos constitucionales no como absolutos, sino de la necesidad de estimar derechos dúctiles que no pretenden restar la validez y vigencia de derechos constitucionales, sino a alcanzar la plena aplicación de la Constitución a través de la práctica concordada de los principios y valores constitucionales.

4.2.2.3. Casación 476-2005. Sala Transitoria Social y Constitucional de la Corte Suprema

Antecedentes

1. Se trata del recurso de casación interpuesto por la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal contra la sentencia de fecha 10 de diciembre de 2004, en cuanto confirma la sentencia apelada que declara fundada en parte la demanda en consecuencia dispone que se abone al demandante la suma de S/ 32,893.85.

Análisis de los fundamentos

1. Es importante señalar el criterio de la Corte Suprema en el sentido de que el principio de irrenunciabilidad, prohíbe que los actos de disposición del trabajador como titular de un derecho, recaigan sobre “normas taxativas”. Estas se definen como aquellas normas que ordenan y disponen sin tomar en cuenta la voluntad de los sujetos de la relación laboral.

2. La Corte acota que, por la naturaleza de orden público que ostentan las “normas taxativas”, los actos de disposición que realicen los trabajadores respecto de derechos provenientes de este tipo de normas resultan inválidos.

3. Se determina el ámbito de aplicación de este principio y se fija, para declarar procedente la aplicación del principio de irrenunciabilidad, los requisitos que deben cumplirse:

- a) La existencia de una relación de trabajo;
- b) La existencia de una norma constitucional o legal que en forma taxativa establezca determinados derechos y beneficios sociales que tengan como fuente dicha relación.

Se excluye expresamente a las normas provenientes de la convención colectiva de trabajo o la costumbre.

4. La fijación de esta regla va a ser de mucha utilidad en tanto se añade al desarrollo conceptual de esta Tesis- que ha venido manejando el criterio de indisponibilidad de derechos por debajo de los mínimos enunciados por ley- la noción de taxatividad. Esta idea nos permitirá distinguir que, si existe norma taxativa, devendrá procedente la aplicación del principio de irrenunciabilidad.

5. Conviene anotar el examen que desarrolla la Corte Suprema respecto a la libertad contractual que invoca la parte demandada- la cual invoca la validez de los contratos de locación de servicios suscritos entre las partes- frente a la posición de primacía de la realidad, que acepta como tesis final el órgano jurisdiccional. En aplicación del principio de primacía de la realidad, señala el Tribunal que: “*entre las partes existió un*

contrato de trabajo enervando así en forma absoluta la eficacia de los contratos de locación de servicios a los que alude la accionada y que sirvieron para encubrir bajo el ropaje de una relación de naturaleza civil los servicios personales y subordinados que le prestó el demandante bajo una típica relación laboral". La consistencia de la descripción nos releva de mayor comentario.

CAPÍTULO 5: EL PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

5.1. En el sistema universal de los derechos humanos

- Los frentes en derechos humanos

Referirnos al principio de irrenunciabilidad de derechos en el sistema universal de derechos humanos, nos exige brindar una idea previa de qué son los sistemas de protección de derechos humanos, cómo funcionan y cuáles son sus principales características con relación a la protección de tales derechos. Esta descripción resulta necesaria para que podamos asumir que podemos llevar una causa ante el sistema interamericano en la medida que en determinado caso de irrenunciabilidad a un derecho laboral, en el cual resulte responsable un Estado, se produzca una afectación a un derecho laboral por naturaleza no renunciable.

En ese orden de ideas, debemos visualizar previamente que en materia de defensa de los derechos humanos, hay un doble frente:

- **El frente nacional**, de derechos fundamentales a través del Derecho Constitucional, que implica una forma de litigio en el Derecho Interno y que conlleva sustentar una pretensión vinculada a la defensa de los derechos de las personas ante las instancias jurisdiccionales y contenciosas del país de origen. En esta instancia, tiene lugar la interpretación constitucional del ordenamiento interno, la lectura interpretativa de lo que la Constitución es y adquiere fuerza de contexto la frase de Evan Hughes quien decía: “*The*

Constitution is what the judges say what it is (la Constitución es lo que los jueces dicen que es).

- **El frente internacional**, correspondiente a los derechos humanos, a través de los Tratados y cuya función de subsidiariedad y complementariedad apunta a que solo acudamos al sistema interamericano una vez que se ha agotado con medios eficaces la jurisdicción interna del país. En este frente debemos tener en cuenta los alcances de todos los instrumentos internacionales que salvaguardan los derechos de las personas en su nivel más alto y a este efecto, debemos advertir no solo cuáles son los enunciados normativos que fluyen(para nosotros, como Estado parte en el sistema interamericano) de la Convención Americana de los Derechos Humanos, los Protocolos Adicionales y la jurisprudencia vinculante de la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana, sino los principios que guían e inspiran las decisiones de las más altas instancias del sistema interamericano.

En ambos casos, tendremos presente el principio de progresividad, a fin de que cuando haya conflicto entre fuentes normativas, debe aplicarse la norma más favorable a la persona.

Pero advirtamos un detalle: ¿qué implica el aludido principio de “subsidiariedad” o “complementariedad”?

El principio de “complementariedad” o “subsidiariedad” se refiere a que todo sistema legal descansa sobre el Derecho Interno de cada país, es decir, se hace exigible al agotamiento de los recursos internos en caso de graves violaciones a los derechos humanos de las personas y solo si fallan esos mecanismos internos, recién entonces se acude, respecto a nuestro país, al Sistema Interamericano de derechos humanos.

Un ciudadano de la Unión Europea lo hará, a su vez, con relación al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Lo antes expuesto nos lleva a una regla de oro en el Sistema Interamericano que tienen directa vinculación con el principio de economía procesal, en el sentido que no podemos acudir al sistema interamericano si previamente no ha procedido una reclamación idónea en el Derecho Interno, salvo las excepciones justificadas y de carácter *clausus* que enumera el artículo 46 inciso 2 de la Convención Americana.

En efecto, acudir al sistema interamericano no puede significar lleva una reclamación al sistema supranacional simplemente por determinar cuál podría ser el pronunciamiento eventual de la Comisión Interamericana o la Corte, sino debe observarse que los mecanismos jurisdiccionales soportan una carga procesal considerable y solo asuntos de relevancia sustancial en temas de derechos humanos deben ser de conocimiento de dicho sistema supranacional.

El maestro Diego Rodríguez Pinzón hace referencia¹²⁹ a una regla central de idoneidad al mencionar los recursos que deben ser agotados y menciona que “*son aquellos de naturaleza judicial que sean “adecuados” para resolver la cuestión, esto es, que los consagre la legislación interna para garantizar la vigencia del derecho que se alega vulnerado en el caso en cuestión. Pero además estos recursos deben ser “efectivos”, es decir, que deben ser capaces de alcanzar el resultado para el cual fueron establecidos, que es la protección del derecho afectado.*”

¹²⁹ RODRIGUEZ PINZON, Diego. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en “*Manual sobre Derecho Internacional de los derechos humanos: teoría y práctica.*” Compiladores: Carlos Ayala Corao, Claudia Martín y Diego Rodríguez Pinzón. Ed. Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela 2008, en producción. Pág. 20.

- **El reto de la implantación de los derechos humanos en el Derecho Interno de los países**

El uso del derecho internacional de los derechos humanos en la práctica interna presenta dos grandes ventajas: ayuda a que los jueces tomen decisiones más garantistas y es la única forma de salvar el sistema de protección, es decir, que se internalicen sus estándares. Solo tiene sentido fijar estándares si ellos se aplican en el Derecho Interno.

La reflexión de suyo es muy válida en la medida que aspira a cumplir el objetivo, alcanzable por cierto, de que la Comisión Interamericana y la Corte lleguen a los jueces antes que intentar que lleguen casos al sistema interamericano.

Entonces adquiere un enorme valor la doctrina jurisprudencial que establecen la Comisión y la Corte Interamericana en sus decisiones, pues ellas sirven de guía para que en el Derecho Interno de los países se plasme una línea garantista de tutela y defensa de los derechos fundamentales de las personas. Y rescatamos aquí el valor integral del concepto jurisprudencia, aún cuando podamos observar que el estatus de la Comisión Interamericana de derechos humanos es cuasi – jurisdiccional y que sus decisiones constituyan semi-jurisprudencia. Sin perjuicio de ello, el valor vinculante que alcanzan las decisiones de la Comisión, resulta taxativo para todos los Estados conformantes del sistema interamericano de derechos humanos.

Reviste así importancia que esa jurisprudencia fortalezca los sistemas de decisiones de los Estados parte. Esa jurisprudencia de la Comisión y la Corte va a conceptualizar que los derechos de las víctimas no han sido elaborados en las normas sino que es el propio desarrollo jurisprudencial, y el criterio dinámico de interpretación, los factores que definen se aplique un nivel de progresividad en la defensa de los derechos de las personas.

El profesor Víctor Abramovich¹³⁰(Argentina, Comisionado corte Interamericana de Derechos Humanos) en la clase magistral del 01 de junio de 2009 señalaba: *“Los países deben “atarse al mástil” del Derecho Internacional de los derechos humanos. Ello implica una limitación en la autonomía de los Estados pero también una redefinición del rol de los Tribunales de justicia, dado que esas relaciones producen una serie de conflictos. Y no cierran problemas sino los abren. En esa perspectiva, los jueces deben armonizar el Derecho Internacional de los derechos humanos con el Derecho Interno. Sin embargo ¿cómo se acomoda la justicia constitucional de un Estado a ese devenir de los derechos humanos? Habiéndose generado una fuerte institucionalización de los derechos humanos, el rol del juez es armonizar la Constitución con los Tratados, es decir, “acomodar” a los pasajeros con el orden constitucional”.*

La reflexión anterior es muy válida en todo el ámbito de la implementación de los derechos humanos. Asumimos, quienes hacemos justicia constitucional en nuestros países, que el ordenamiento jurídico supranacional es en definitiva la instancia final que pondrá términos a aquellas causas de derechos humanos en las cuales se establezcan las responsabilidades de los Estados, sea por comisión u omisión. Y por cierto nuestras decisiones deben tener como base argumentativa los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, así como los fallos de la Corte Interamericana y las decisiones de la Comisión Interamericana referidas a controversias en materia de derechos humanos, y si eventualmente existe colisión entre el contenido de la norma nacional y la decisión internacional, debemos privilegiar la aplicación de ésta. Ello no implica, en modo alguno, y valga reiterarlo, que se busque dejar sin efecto la norma interna del Estado parte, sino armonizarla con la Convención de derechos humanos y otros instrumentos, con lo cual no se deja

¹³⁰ Curso Derechos Humanos en la Washington College of Law de la American University, participación del suscrito como becario

de lado el enorme activismo judicial que implica una mayor identificación con los derechos humanos sino que las normas que manifiesten una aparente contradicción con la normativa internacional de derechos humanos, sean objeto de una interpretación armonizadora y concordante.

Observaremos en consecuencia, a título de conclusión, que el sistema interamericano funciona como una “fórmula de cuarta instancia”, no para revisar si resolvió bien o no la jurisdicción interna, sino para determinar si en las causas que se han puesto en conocimiento de la Corte Interamericana, no se ha cometido infracción sustantiva alguna de la Convención Interamericana por parte de un Estado.

El principio de irrenunciabilidad, a la luz de lo expuesto, es objeto de protección en el sistema interamericano fundamentalmente en torno al derecho a la vida, como “*núcleo inderogable*”¹³¹.

- Instrumentos normativos

La descripción previa de los alcances de los derechos humanos en el sistema interamericano debe ser complementada con algunos instrumentos internacionales que inciden en la defensa del derecho al empleo. Y si bien no enuncian en forma directa el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales en forma taxativa, sí aluden al tema de la irrenunciabilidad de derechos (sentencia SIDH) y la premisa de los núcleos inderogables, al referirse al derecho a la vida.

Veamos entonces algunos de los principales instrumentos normativos

- **Declaración Universal de Derechos Humanos.** Artículos 29 y 30¹³².

¹³¹ Caso Zambrano Vélez v. Ecuador, Sentencia de 4 de julio de 2007, Serie C No. 166, sobre violación del Artículo 27 de la Convención Americana.

Esta normativa prevé que las limitaciones al ejercicio de derechos, deben tener una definición legal expresa previa y en concordancia con los propósitos de las Naciones Unidas. Las restricciones no pueden ser entonces incausadas y toda restricción deberá observar el principio de legalidad, el cual supone motivación suficiente.

- **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 5¹³³**

Importante acotación hace esta norma al determinar que los Estados no podrán regular contra los derechos fundamentales de la persona, menos aún para hacer renunciables cierto tipo de derechos. Los Estados gozan de autonomía, es cierto,

¹³² Artículo 29 Declaración Universal de Derechos Humanos

1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.
2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.
3. Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Artículo 30 Declaración Universal de Derechos Humanos

Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.

¹³³

Artículo 5 Pacto Internacional de derechos civiles y políticos

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.
2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

pero ella debe ser ejercida en concordancia con los fines que inspiran los Tratados Internacionales.

- **Convención Americana sobre derechos humanos.** Artículo 30¹³⁴.

La Convención Americana sigue los enunciados del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos en materia de restricciones. Los derechos fundamentales de que gozan las personas, conforme al Derecho Internacional, pueden resultar en ciertos contextos restringidos, por razones de fuera mayor, mas ello deberá merecer un especial tratamiento en la legislación, la cual no puede regular en contra de los derechos mínimos que imponen los Tratados.

- **Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.** Artículo 15¹³⁵.

La secuencia de análisis es la misma que en los 2 casos anteriores. Imaginemos el contexto de guerra que puedan sufrir las naciones y la afectación que ello de suyo significa para la vida de los ciudadanos de un Estado en conflicto. En tal caso, las restricciones a fijarse no podrán ser limitativas de derechos fundamentales. Claro

¹³⁴ Artículo 30 Convención Americana sobre derechos humanos

Alcance de las Restricciones

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

¹³⁵ Artículo 15 Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales

Derogación en caso de estado de urgencia.

1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del derecho internacional.

ejemplo de ello es la intervención de la Cruz Roja en caso de conflictos armados. Los Estados están obligados a permitir el auxilio de las personas heridas en caso de conflagraciones bélicas, ello bajo el supuesto de protección del derecho inalienable a la vida.

- **Convenio No. 95 de la Organización Internacional del Trabajo. Artículo 6¹³⁶.**

La referencia a la protección del salario y a las prohibiciones de su limitación, incide directamente sobre los derechos laborales indisponibles. El trabajador, ante la eventual limitación que pudiera aplicar el empleador en el pago del salario, tendrá derecho a alegar irrenunciabilidad para la protección de su derecho al goce del salario.

En suma, estos instrumentos internacionales propenden, en su totalidad, a un reconocimiento cada vez mayor de los derechos de la persona, constituyendo los derechos laborales un tipo de derechos económicos que las legislaciones salvaguardan y que en suma protegen bajo la pauta del derecho de acceso a un trabajo digno.

- **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Art XIV¹³⁷**

¹³⁶ Artículo 6 Convenio No. 95 de la Organización Internacional del Trabajo

Se deberá prohibir que los empleadores limiten en forma alguna la libertad del trabajador de disponer de su salario.

¹³⁷ Derecho al trabajo y a una justa retribución

Artículo XIV: Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo.

Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia.

La línea tuitiva de la Declaración Americana respecto al derecho al empleo, nos hace prever que las restricciones a su ejercicio, podrán ser objeto de denuncia ante el sistema interamericano, previo agotamiento de las vías en el Derecho Interno.

- **Opinión Consultiva OC-18.**

La Corte Interamericana de derechos humanos tiene la potestad de emitir opiniones consultivas. Veamos aquella que emite con fecha 17 de septiembre de 2003, oportunidad en la que la Corte expide su Opinión Consultiva No. 18.

“Al respecto, la Corte opinó:

[...]

ES DE OPINION por unanimidad,

1. Que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental.
2. Que el incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.
3. Que el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno.
4. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado,

independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*.

5. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.

6. Que la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas.

7. Que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso comprende todas las materias y todas las personas, sin discriminación alguna.

8. Que la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.

9. Que el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.

10. Que los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos. Los trabajadores migrantes indocumentados poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica.

11. Que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio.

- **Convenio Europeo para la protección de los derechos y libertades fundamentales, hecho en roma el 04 de noviembre de 1950. Artículos 17 y 18¹³⁸**

El Convenio Europeo trabaja dos plataformas de la irrenunciabilidad de derechos: de un lado, mediante la prohibición del abuso del derecho y por otro lado, fijando límites a la aplicación de las restricciones de esos derechos. Configurada una afectación a un derecho irrenunciable, un ciudadano europeo podrá acudir al Tribunal Europeo de derechos humanos.

¹³⁸ Artículo 17. Prohibición del abuso de derecho.

Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo.

Artículo 18. Limitación de la aplicación de las restricciones de derechos.

Las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas.

- **Carta Social Europea. Consejo de Europa. Turín, 18 de octubre de 1961. Arts. 1 y 18**¹³⁹

En la misma línea tuitiva del Convenio Europeo, la Carta Social europea privilegia el ejercicio efectivo del derecho al trabajo bajo las reglas de la reciprocidad entre Estados, dada la característica de la eliminación de fronteras que hoy representan los Estados Schengen de la Unión Europea, 27 en total(Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, la República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia y el Reino Unido).

- **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Artículo 15**¹⁴⁰

¹³⁹ Artículo 1. Derecho al trabajo para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo.

Las partes contratantes se comprometen:

- A reconocer como uno de sus principales objetivos y responsabilidades la obtención y el mantenimiento de un nivel lo más elevado y estable posible del empleo, con el fin de lograr el pleno empleo.
- A proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido.
- A establecer o mantener servicios gratuitos de empleo para todos los trabajadores.
- A proporcionar o promover una orientación, formación y readaptación profesionales adecuadas.

Artículo 18. Derecho a ejercer una actividad lucrativa en el territorio de otras partes contratantes.

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a ejercer una actividad lucrativa en el territorio de cualquiera de las otras partes contratantes, las partes contratantes se comprometen:

- A aplicar la normativa existente con espíritu liberal.
- A simplificar las formalidades vigentes y a reducir o suprimir los derechos de cancelación y otras tasas que deban ser pagadas por los trabajadores extranjeros o por sus empleadores.
- A liberalizar, individual o colectivamente, las normas que regulan el empleo de trabajadores extranjeros.

Y reconocen:

- El derecho de sus ciudadanos a salir del país para ejercer una actividad lucrativa en el territorio de las demás partes contratantes.

¹⁴⁰ PREÁMBULO. ARTÍCULO 15.- Libertad profesional y derecho a trabajar.

1. Toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada.
2. Todo ciudadano de la Unión tiene libertad para buscar un empleo, trabajar, establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro.

Como hemos hecho notar, hay un fuerte contenido multilateral en los Tratados de la Unión Europea en atención al fuerte intercambio de capitales y servicios que representan los Estados europeos así como a la población que engloba(497.198.740 habitantes al 2008).

5.2. A nivel constitucional latinoamericano

Ricardo Marcenaro¹⁴¹ nos brinda una visión panorámica de la aplicación del principio de irrenunciabilidad en el Derecho Constitucional Comparado.

Recojamos algunas de las previsiones constitucionales dispuestas por las Cartas Magnas de algunos países latinoamericanos.

Bolivia, 1967.

Artículo 162

“Los derechos y beneficios reconocidos a favor de los trabajadores no pueden renunciarse, y son nulas las convenciones contrarias o que tiendan a burlar sus efectos.”

Colombia 1991.

Artículo 53

“El Congreso expedirá el estatuto de trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

(...) irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales.”

3. Los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas que disfrutaban los ciudadanos de la Unión.)

¹⁴¹ MARCENARO FRERS, Ricardo. *“El trabajo en las constituciones latinoamericanas y europeas.”*. Diálogo. Lima, 2004. Pág. 109.

Ecuador, 1998.

Artículo 31

“El trabajo (...) se regirá por las siguientes normas fundamentales:

(...)

d) Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación que implique renuncia, disminución o alteración de ellos. Las acciones para reclamarlas prescribirán en el tiempo señalado por la ley, contando desde la terminación de la relación laboral.”

México, 1917.

Artículo 123:

“XVII. serán condiciones nulas y lo obligarán a los contrayentes, aunque se expresen en el contrato:

(...)

g) Las que constituyan renuncia hecha por el obrero de las indemnizaciones a que tenga derecho por el accidente de trabajo y enfermedades profesionales, perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato o por despedírsele de la obra.

h) Todas las demás estipulaciones que impliquen renuncia de algún derecho consagrado a favor del obrero en las leyes de protección y auxilio a los trabajadores.”

Paraguay, 1992.

Artículo 86

“(...) La ley protegerá el trabajo en todas sus formas y los derechos que ella otorga al trabajador son irrenunciables.”

Venezuela, 1999.

Artículo 85

“(...) Son irrenunciables por el trabajador las disposiciones que la ley establezca para favorecerlo o protegerlo.”

Podemos verificar que los ordenamientos constitucionales coinciden unánimemente en la necesidad de acoger la noción de irrenunciabilidad en función al criterio de protección al trabajador. Todas las Constituciones coinciden en ello como un deber del Estado y no encontramos Carta Magna alguna que niegue dicha protección a los trabajadores. En concordancia con esta idea, estimamos que se irán expidiendo normas de desarrollo infraconstitucional, en la previsión de hacer tangible la tutela de este derecho a través de leyes expresas que serán de utilidad para dejar sin efecto actos de manifiesta agresión a este principio.

5.3. A nivel jurisprudencial

Veamos cuáles son los enfoques de diversos países iberoamericanos respecto a la evolución del principio de irrenunciabilidad de derechos laborales.

- Argentina

“El juego armónico de los arts. 12 y 18 L.C.T. permite sostener que los derechos del trabajador en función de su antigüedad resultan irrenunciables, de modo que la reducción de los mismos (art. 12 L.C.T.) estatuida en una Convención Colectiva deviene nula y sin valor alguno.”

Referencias Normativas

Norma: Ley Contrato de Trabajo art.: 12

Expediente:

42557 - TORRES DOMINGO AGUSTIN EN J: TORRES DOMINGO A. ARGON SA
ORDINARIO - CASACION

Fecha: 18-03-1986 Ubicación: LS193 - Fs.148

Magistrados: MILA-SALVINI-LORENTE

Tribunal: SUPREMA CORTE DE JUSTICIA- PRIMERA CIRCUNSCRIPCION
JUDICIAL

“La irrenunciabilidad de los derechos provenientes de normas imperativas, parte de la desigualdad de las partes en relación con el poder de negociación. Luego, el art. 12 L.C.T. priva de validez a la convención que implique la disponibilidad de derechos en perjuicio del trabajador dependiente. Ello así, partiendo de una situación de público conocimiento, esto es la venta de la C.A.T., era condición de ella la restructuración del personal, por lo que no existieron renunciaciones por partes de los actores sino cesantías a los términos del art. 68 del convenio colectivo (Dejada SIN EFECTO, respecto de la homologación de acuerdos, por sentencia de la C.S.J.N... Nuevo pronunciamiento L.S. 284-177).

Referencias Normativas

Norma: Ley Contrato de Trabajo art.: 12

Norma: Código Civil art.: 1102

Expediente:

57893 - COMPAÑIA ARGENTINA DE TELEFONOS S.A. EN J: LUQUEZ, CARLOS
O. Y OTROS CAT (COMPAÑIA ARGENTINA DE TELEFONOS) ORDINARIO -
INCONSTITUCIONALIDAD

Fecha: 15-12-1995 Ubicación: LS262 - Fs.245

Magistrados: AGUILAR-NANCLARES

Tribunal: SUPREMA CORTE DE JUSTICIA- PRIMERA CIRCUNSCRIPCION
JUDICIAL

Estas ejecutorias argentinas identifican una irrenunciabilidad de derechos de tendencia fuerte, la primera, al negar que un convenio colectivo pueda derogar beneficios; y la segunda, vincula irrenunciabilidad con normas imperativas en el mismo sentido que nuestra Tesis asume.

- **Costa Rica**

EXP.2267-P-96 VOTO N° 6680-96

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas veintisiete minutos del diez de diciembre de mil novecientos noventa y seis.

Consulta Judicial Facultativa de Constitucionalidad, promovida por el Juzgado Segundo Civil y de Trabajo de Alajuela sobre la Constitucionalidad de los actos de renuncia, finiquito o transacción de los derechos laborales y la jurisprudencia de casación que acepta la incorporación de aquellos institutos en el derecho de trabajo.

“QUINTO. Ahora bien, como lo indican la juzgadora consultante, la Procuraduría General de la República en su informe, y la jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia que se ha tenido como acreditada en estos autos, los derechos expresamente consagrados por la Constitución, v. gr. salario mínimo (art. 57), la jornada ordinaria (art. 58), día de descanso semanal y las vacaciones (art. 59), evidentemente no pueden quedar expuestos a transacción, pues sería una forma de evadirlos, con grave riesgo para el trabajador o su familia. Son, por lo demás, mínimos e irrenunciables. Pero, a propósito de ello, como se pueden pactar válidamente condiciones por encima de los mínimos, incorporados esos mínimos al contrato de trabajo ("contrato realidad", diríase) a través de negociación entre el patrono y el trabajador, aun esos derechos que en exceso obtuvo el trabajador no

podrían ser objeto de transacción, pues adquieren la misma calidad y naturaleza de derechos irrenunciables en los términos del artículo 74 Constitucional. A lo que este pronunciamiento se contrae, es a estimar legítimo que las partes transen sobre aspectos o hechos en los que de principio discrepen, evitándose así extender su diferendo e incurrir en gastos y en tiempo adicionales, como en el caso del pre-aviso y el auxilio de cesantía, típico al cual nos referimos. Es cierto que la Constitución dispone en su artículo 63 que "Los trabajadores despedidos sin justa causa tendrán derecho a una indemnización cuando no se encuentren cubiertos por un seguro de desocupación", pero puestas en conflicto las partes de la relación laboral acerca de si el despido se realizó con justa causa o no, tomando en cuenta que ambas estiman de diversa manera los hechos, evidentemente pueden transar otorgando una compensación por el despido y aceptando la otra no insistir en la disputa sobre su tesis acerca de lo injusto del despido. En estos casos no se está renunciando a un derecho laboral, ya que ante dos posiciones contrarias del patrono y el trabajador acerca de la naturaleza -justa o injusta- del despido, lo que se transa es acerca de reconocerse razón parcialmente las partes en cuanto aquellos hechos como generadores de una indemnización, y de existir una renuncia más bien sería al derecho de acceso a la justicia, que por principio está a disposición de las partes, cualquiera sea la corrección o no de sus tesis y posiciones (art. 41 Constitucional). Pero sobre este punto, como ya se expresó supra, la Sala deja a salvo el hecho de que después de lograda una transacción entre patrono y trabajador, pueda discutirse ese contrato -siempre dentro de los plazos que otorga el Código de Trabajo- por haber mediado dolo, error o violencia, en los términos en que el ordenamiento general contempla este tipo de acciones para impugnar la validez de un contrato de tal naturaleza."

Esta ejecutoria costarricense asume también una tendencia fuerte al señalar que los derechos no pueden renunciarse vía transacción. Coincidimos con dicha posición en

la medida que se trate de derechos indisponibles, provenientes de la Constitución y la ley.

- Colombia

La Corte Constitucional colombiana. (Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-608 del 13 de noviembre de 1996. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz) señala en una decisión:

"(un derecho) adquiere el carácter de fundamental cuando a su desconocimiento sigue la vulneración o la amenaza de derechos o principios de esa categoría y su protección resulta indispensable tratándose de la solicitud de pago oportuno de las pensiones reconocidas, ya que la pensión guarda una estrecha relación con el trabajo, principio fundante del Estado Social de Derecho, por derivar de una relación laboral y constituir una especie de salario diferido al que se accede previo el cumplimiento de las exigencias legales."

La misma Corte señala en otra decisión (Cfr. Corte Constitucional colombiana. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-1001 del 9 de diciembre de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo), al aludir al concepto del derecho concreto a un `mínimo vital´:

"aquella porción de ingresos indispensable e insustituible para atender las necesidades básicas y permitir así una subsistencia digna de la persona y de su familia; sin un ingreso adecuado a ese mínimo no es posible asumir los gastos más elementales (...) en forma tal que su ausencia atenta en forma grave y directa contra la dignidad humana."

Un juicio valorativo de las decisiones colombianas, asocia la existencia de un “mínimo vital” como derecho a exigir prestaciones que no sean inferiores. Entendemos aquí una situación de irrenunciabilidad respecto a condiciones de una vida digna. Afectados esos pisos mínimos, procederá la exigencia inclusive jurisdiccional.

- **Venezuela**

Sentencia nº LP31-L-2005-000134 de Tribunales de Primera Instancia, de 04 de Mayo 2006

“Por tanto, al haberse efectuado en estos términos dicho acto de autocomposición procesal, solo homologa quien juzga, el referido al desistimiento del procedimiento, no debiendo tenerse como válido el desistimiento de la acción, pues, no puede el trabajador reclamar sus derechos laborales a posteriori, lo que a todas luces atenta contra el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales que benefician y protegen a todo trabajador.”

Aquí existe un interesante criterio procedimental en el sentido de no validar un desistimiento de la acción para que luego se pueda prever el reclamo del derecho laboral específico. Creemos que la línea tutelar de la decisión es correcta si se vincula a un derecho protegido por la Constitución y la ley.

5.4. A nivel doctrinario

- **México**

Con relación a este país que nos lega en buena cuenta el proceso de amparo a las demás ordenamientos latinoamericanos, un estudio de Héctor Santos Azuela¹⁴²,

¹⁴² Investigador asociado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Boletín mexicano de derecho comparado. Número 93 Septiembre-Diciembre. Año 1998

Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, nos brinda algunos elementos referenciales sobre la aplicación del principio de irrenunciabilidad en el sistema jurídico mexicano e indica:

“A la luz del derecho mexicano, la naturaleza imperativa de esta disciplina (del derecho del trabajo) deriva de dos factores:

- a) Su vigilancia de oficio, por parte del Estado, a través de la inspección del trabajo, y*
- b) Su irrenunciabilidad pese a la voluntad de los trabajadores.*

Según el legislador este estatuto se integra con un cuerpo de normas de orden público, que permitirá que se tengan por no puestas las disposiciones, pactos o acuerdos de cualquier naturaleza, que impliquen renuncia o menoscabo a los derechos de los trabajadores (artículos 123, fracción XXVII, incisos g y h de la Constitución, así como el 5 y el 33 de la ley.)”

El carácter unilateral de este principio, circunscrito a los trabajadores, busca compensar el poder económico de los patrones en las relaciones de trabajo, vista la experiencia histórica, de que secularmente impusieron, sin límite alguno, las condiciones generales de trabajo. De esta suerte, la irrenunciabilidad es fruto de la necesidad de perpetuar el carácter protector del derecho del trabajo, al grado de tornarlo inamovible, para reafirmar de esta manera su naturaleza de orden público.

Así, mediante una fórmula moderna, de índole imperativa y tutelar, se pretende instaurar el equilibrio de las relaciones obrero-patronales a través de la legislación social y el intervencionismo del Estado.”

- Centro América

Un estudio sobre la realidad de los derechos de las mujeres en el sistema interamericano¹⁴³ nos brinda las siguientes ideas:

“Los derechos humanos son atributos inherentes a toda persona por su sola condición de serlo, sin distinción de edad, raza, sexo, nacionalidad o clase social. Los derechos humanos tienen las siguientes características:

- **Universalidad:** *son inherentes a todas las personas en todos los sistemas políticos, económicos y culturales;*
- **Irrenunciabilidad:** *no se pueden trasladar a otra persona ni renunciar a ellos;*
- **Integralidad, interdependencia e indivisibilidad:** *se relacionan unos con otros, conforman un todo (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales) y no se puede sacrificar un derecho por defender otro; y*
- **Exigibilidad:** *el estar reconocidos por los Estados en la legislación internacional y nacional, permite exigir su respeto y cumplimiento.”*

Creemos que ambos criterios coinciden con la línea tutelar de la irrenunciabilidad. Nuestra Tesis asume la misma posición reflexiva de validar aquellos derechos cuya naturaleza imperativa prohíba al trabajador disponer de los mismos. El aporte que diferencia nuestra posición se orienta a que podamos identificar aquellos derechos *per se* irrenunciables de aquellos que, en principio, no lo son y a ello apuntan nuestras conclusiones al no conferir naturaleza de irrenunciables a derechos que se encuentran por debajo de la norma.

¹⁴³ TORRES GARCÍA, Isabel. (nicaragüense, socióloga, Oficial Programa Derechos Humanos de las Mujeres IIDH) y BADILLA, Ana Elena (costarricense, abogada, consultora IIDH), con la colaboración en recolección y sistematización de información de Lizeth Ramírez (costarricense, psicóloga, actualizadora de sección Derechos Mujerweb IIDH). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos* 92. Derechos humanos y derechos de las mujeres. A. Los derechos humanos y la perspectiva de género. La protección de los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos I

CAPÍTULO 6: CONTRASTACIÓN ENTRE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN Y LAS HIPÓTESIS DEL PROYECTO

6.1. Problemas planteados

Aquí destacamos razonadamente la contrastación entre las hipótesis de la investigación, todas ellas plenamente cumplidas durante el trabajo desarrollado, y el resultado propio de la investigación.

En efecto, la contrastación se ha podido cumplir idóneamente pues los planteamientos asumidos al formularse las hipótesis, se han configurado al verificarse las variables e indicadores respectivos y en consecuencia, el estudio de los fenómenos y conceptos producidos durante esta investigación, se ha realizado plenamente al analizarse el carácter en que la irrenunciabilidad se ha desarrollado en el ordenamiento jurídico peruano. Igualmente, ha tenido lugar el análisis de procesos judiciales en los órganos decisores referidos, y merece destacarse, de la misma forma, que las contradicciones existentes en nuestro ordenamiento, son producto de la falta de un afianzamiento legal de la irrenunciabilidad.

El problema de investigación fue formulado en los siguientes términos:

¿Cuál es el alcance de la irrenunciabilidad de los derechos laborales a partir de la interpretación constitucional del artículo 26 inciso 2 de la Carta Magna de 1993, y a partir de dicha premisa, cómo conceptuar la aplicación de los derechos renunciables en materia laboral?

Asimismo, formulamos los siguientes subproblemas:

- 1. ¿En qué casos estamos frente a derechos irrenunciables en materia laboral y cuál es el sustento de esa irrenunciabilidad?**
- 2. ¿En cuáles casos estamos frente a derechos de naturaleza dispositiva y por consiguiente, en los cuales el trabajador hace una renuncia válida de sus derechos laborales y que dicha renuncia no está afectada de nulidad y contravención a la ley?**
- 3. ¿Cuáles son los criterios de campo a enmarcar para una identificación técnica de los derechos irrenunciables?**
- 4. ¿Cómo influye el tema de la predictibilidad de las decisiones judiciales respecto a la definición de los derechos irrenunciables y renunciables en el campo laboral? ¿Es propiamente el Tribunal Constitucional un ente final para la definición de los derechos laborales o transforman sus sentencias contradictorias los esquemas de irrenunciabilidad?**

6.2. Hipótesis formuladas

- Hipótesis 1(H-1)

Ante el panorama legal de indefinición legislativa- jurisprudencial de los derechos irrenunciables en materia laboral, los casos en los que estamos frente a derechos irrenunciables en materia laboral son los siguientes:

- En los casos de obligaciones laborales cuyos mandatos de otorgamiento provienen de tratados internacionales o mandatos constitucionales.
- En casos expresos en que la ley confiera a un derecho esta naturaleza. Es exigible que en forma taxativa se establezcan determinados derechos y beneficios sociales que tengan como fuente dicha relación.

El sustento de la irrenunciabilidad es el artículo 26 inciso 2 de la Constitución que señala: “*En la relación laboral se respetan los siguientes principios: (...) 2.- Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley (...)*”.

- Hipótesis 2(H-2)

Frente a la concepción del principio de autonomía de la voluntad y de interpretación por exclusión del artículo 26 inciso 2 de la Constitución, los casos en los que estamos frente a derechos renunciables en materia laboral son los siguientes:

- En caso que la fuente de la remuneración sea una norma legal dispositiva.
- En caso de cláusula normativa de convenio colectivo.
- En caso de derechos vinculados al contrato de trabajo, salvo la afectación de sumas que signifiquen derechos

menores a los taxativamente señalados por la Constitución y la ley.

- Por costumbre.

- Hipótesis 3(H-3)

Partiendo de la premisa de que es necesario diferenciar los derechos irrenunciables de los derechos renunciables en materia laboral, los criterios de campo a enmarcar para una identificación técnica de los derechos irrenunciables son los siguientes:

- Definir el contexto constitucional y legal de la irrenunciabilidad de derechos laborales;
- Analizar la titularidad de los derechos renunciados y la naturaleza del acto a renunciar;

- Hipótesis 4(H-4)

Ante la disparidad de criterios jurisprudenciales para una mejor definición de los derechos irrenunciables en materia laboral, el tema de la predictibilidad de las decisiones judiciales involucra eliminar la inconsistencia de los fallos de las máximas instancias en aras de alcanzar una mayor uniformidad de las sentencias judiciales en materia de tutela.

Estamos en condiciones de afirmar, a esta altura del trabajo ejecutado, que las hipótesis formuladas han sido verificadas en nuestro estudio y al efecto, presentamos las conclusiones debidamente fundamentadas por cada una de nuestras hipótesis. Estos argumentos se sustentan en el estudio filosófico, constitucional y jurisprudencial

desarrollado, así como en los criterios doctrinarios expuestos, los cuales, junto a los ítems de legislación nacional analizada, avalan las hipótesis en su momento formuladas.

6.3. Conclusiones de los argumentos desarrollados por cada hipótesis

- Hipótesis 1(H-1)

Ante el panorama legal de indefinición legislativa- jurisprudencial de los derechos irrenunciables en materia laboral, los casos en los que estamos frente a derechos irrenunciables en materia laboral son los siguientes:

- En los casos de obligaciones laborales cuyos mandatos de otorgamiento provienen de tratados internacionales o mandatos constitucionales.
- En casos expresos en que la ley confiera a un derecho esta naturaleza. Es exigible que en forma taxativa se establezcan determinados derechos y beneficios sociales que tengan como fuente dicha relación.

Esta hipótesis se ha acreditado con los argumentos desarrollados en el rubro 3.1.1. de esta Tesis. Las conclusiones son las siguientes:

1. Los Tratados Internacionales constituyen disposiciones supranacionales que contienen normas imperativas- de

derecho necesario absoluto- y por debajo de las cuales, las partes no pueden disponer.

2. La normativa constitucional igualmente enuncia derechos irrenunciables laborales cuya taxatividad debe estar prefijada por la Constitución y la ley. Tal nivel de taxatividad permite inferir el reconocimiento de un derecho irrenunciable.
3. Constituye excepción a los 2 supuestos anteriores, la figura de los derechos fundamentales no absolutos. Este supuesto podrá constituir un apartamiento de la irrenunciabilidad solo de existir debida motivación constitucional.

- Hipótesis 2(H-2)

Frente a la concepción del principio de autonomía de la voluntad y de interpretación por exclusión del artículo 26 inciso 2 de la Constitución, los casos en los que estamos frente a derechos renunciables en materia laboral son los siguientes:

- En caso que la fuente de la remuneración sea una norma legal dispositiva.
- En caso de cláusula normativa de convenio colectivo.
- En caso de derechos vinculados al contrato de trabajo, salvo la afectación de sumas que signifiquen derechos menores a los taxativamente señalados por la Constitución y la ley.
- Por costumbre.

Esta hipótesis se ha acreditado con los argumentos desarrollados en los rubros 3.1.2., 3.1.3, 3.1.4.y 3.1.5. de esta Tesis. Las conclusiones son las siguientes:

1. Es importante diferenciar, en cuanto a normas legales, aquellas que son de naturaleza taxativa de aquellas que son de carácter dispositivo. En esta última categoría se permite el nivel de renunciabilidad de un derecho laboral, conformando esta categoría normas de derecho dispositivo.
2. Los beneficios que emanan de un contrato de trabajo son de naturaleza renunciable o dispositiva. De los mínimos de ley hacia arriba, conforman estos ítems, normas de derecho necesario relativo. En caso de infracción a los mínimos legales señalados por ley- normas de derecho necesario absoluto- no hay renunciabilidad propiamente dicha.
3. No existe irrenunciabilidad en los casos de convenios colectivos, aún estos prevean imperatividad e indisponibilidad. El artículo 26 inciso 2 de la Constitución no extiende un mandato de irrenunciabilidad sobre los convenios colectivos, los cuales siguen la premisa propositiva de que una ley se puede derogar por otra ley.
4. La renunciabilidad se extiende a los casos de beneficios obtenidos por costumbre. Ésta puede constituir fuente de derechos mas no al nivel de irrenunciabilidad. De la misma forma que en el caso

de los convenios colectivos, la Constitución no le reconoce el beneficio de la irrenunciabilidad.

- Hipótesis 3(H-3)

Partiendo de la premisa de que es necesario diferenciar los derechos irrenunciables de los derechos renunciables en materia laboral, los criterios de campo a enmarcar para una identificación técnica de los derechos irrenunciables son los siguientes:

- Definir el contexto constitucional y legal de la irrenunciabilidad de derechos laborales;
- Analizar la titularidad de los derechos renunciados y la naturaleza del acto a renunciar;

Esta hipótesis se ha acreditado con los argumentos desarrollados en los rubros 2.3.2. y 3.3. de esta Tesis. Las conclusiones son las siguientes:

1. Los criterios procedimentales de ubicación de derechos irrenunciables y renunciables en materia laboral, exige un test de valoración constitucional a partir del artículo 26 inciso 2 de la Constitución.
2. Aquellos derechos que no satisfagan la exigencia constitucional de taxatividad, por exclusión, se convierten en derechos renunciables.
3. La configuración de irrenunciabilidad de derechos laborales, exige que, en casos de renuncia, se satisfagan los siguientes supuestos: debe ser expresada por el trabajador; el acto de disposición debe ser irrevocable y

unilateral; es inaplicable la renuncia tácita o presunta; el reconocimiento del derecho debe constar en una norma imperativa.

- Hipótesis 4(H-4)

Ante la disparidad de criterios jurisprudenciales para una mejor definición de los derechos irrenunciables en materia laboral, el tema de la predictibilidad de las decisiones judiciales involucra eliminar la inconsistencia de los fallos de las máximas instancias en aras de alcanzar una mayor uniformidad de las sentencias judiciales en materia de tutela.

Esta hipótesis se ha acreditado con los argumentos desarrollados en el rubro 3.4. de esta Tesis. Las conclusiones son las siguientes:

1. La predictibilidad de las resoluciones judiciales es una aspiración del ordenamiento jurídico, el cual a través de las exigencias de unidad, coherencia y plenitud, persigue uniformidad de criterios de las resoluciones judiciales.
2. La falta de uniformidad de criterios del Tribunal Constitucional en el tema de la irrenunciabilidad de derechos laborales, constituye una preocupación para los decisores jurídicos. Es necesario que el órgano de control de la constitucionalidad emita precedentes vinculantes sobre el tema.
3. A través de las reglas contenidas en la casación 476-2005, de la Corte Suprema, existe un esbozo de uniformidad de

criterios sobre irrenunciabilidad de derechos laborales. No obstante ello, aún existen fallos contradictorios que son perturbatorios de una razonable predictibilidad de las decisiones judiciales.

4. La CERIAJUS ha definido como temática de trabajo lograr mayor predictibilidad de las decisiones judiciales. Obstáculos de orden económico impiden la materialización de los objetivos de este plan de reforma judicial

Con las conclusiones aludidas, ha quedado verificado, con suficientes argumentos las propuestas de esta Tesis sobre irrenunciabilidad de derechos laborales, cuya naturaleza imperativa queda vinculada a derechos emanados de la Constitución y la ley, excluyéndose aquellos derechos provenientes de norma legal dispositiva, convenios colectivos, del contrato de trabajo y la costumbre.

De igual forma, que la predictibilidad de las resoluciones judiciales constituye un objetivo por alcanzar y que se necesita trabajar aún más dicho tema a nivel de Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, en aras de una mejor impartición de justicia.

Bajo estos argumentos, las hipótesis que nos hemos permitido formular al inicio de esta Investigación, como respuestas provisionales a los problemas planteados, asumen el carácter de tesis verificadas respecto al objeto de investigación.

CONCLUSIONES

1. La irrenunciabilidad de derechos en materia laboral tiene un origen doctrinario que parte de la tutela de intereses en favor de la parte débil de la relación laboral: el trabajador. En ese contexto, corresponde diferenciar los derechos renunciables, por excelencia de naturaleza dispositiva, de aquellos derechos irrenunciables, estos últimos vinculados al concepto de beneficio mínimo que debe recibir el trabajador en la prestación de sus servicios en calidad de gestor de su fuerza de trabajo, bajo subordinación y sujeto a una contraprestación económica que se expresa en la remuneración mensual.

2. El origen de la irrenunciabilidad de derechos goza a su vez de una protección constitucional, tal como expresa el artículo 26 inciso 2 de la Constitución Política del Perú de 1993, al prescribir que en la relación laboral se respeta el principio del carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley. Este enunciado constitucional parte de la misma forma de un concepto de tutela de los derechos del trabajador, entendiendo que en la relación de trabajo una parte- el empleador- puede imponer sus condiciones de contratación, pero al mismo tiempo, se ve impelida dicha parte a respetar un “techo mínimo” de obligaciones frente al trabajador. Reviste especial interés la teoría de la flexibilización de los derechos laborales, tendencia y corriente social que impuso en todo el mundo una menor rigidez en la estimación de los derechos de los trabajadores.

3. Sobre la base entonces de un reconocimiento constitucional, la normativa positiva peruana no fue lo suficientemente clara a efectos de determinar cuándo los derechos que provenían de una relación laboral eran o no irrenunciables, dejándose ello al contexto de lo que las partes pudieran determinar o bien al arbitrio del juzgador.

4. La jurisprudencia peruana, por otro lado, ha sentado ciertos criterios sobre irrenunciabilidad de derechos en materia laboral en diversas ejecutorias, aunque no define, por pronunciamientos contradictorios, una solución integral al problema. Sin perjuicio de lo expuesto, constituye un avance notorio que en la casación 476-2005 de la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, se hayan fijado criterios matrices para la aplicación del principio de irrenunciabilidad.

Señala dicha ejecutoria al precisar el ámbito de aplicación de este principio, que son dos los requisitos que deben cumplirse:

- a) La existencia de una relación de trabajo;
- b) La existencia de una norma constitucional o legal que en forma taxativa establezca determinados derechos y beneficios sociales que tengan como fuente dicha relación.

Se excluye expresamente a las normas provenientes de la convención colectiva de trabajo o la costumbre.

5. El Tribunal Constitucional no ha sido coherente en expresar una línea de pensamiento sólido en el tema de la irrenunciabilidad de derechos laborales, salvo ciertas líneas directrices que esbozan una referencia de solución al problema. Los fallos de la Corte Suprema de Justicia, salvo la casación 476-2005, tampoco escapan a esta ausencia de predictibilidad.

6. La solución al problema de la irrenunciabilidad de derechos laborales se ha expresado, bajo pautas referenciales de la legislación positiva y de la jurisprudencia peruana en definir los siguientes rangos:

a) Los casos en los que estamos frente a derechos irrenunciables en materia laboral son los siguientes:

- En los casos de obligaciones laborales cuyos mandatos de otorgamiento proviene de tratados internacionales o mandatos constitucionales.
- En casos expresos en que la ley confiera a un derecho esta naturaleza. Es exigible que en forma taxativa se establezcan determinados derechos y beneficios sociales que tengan como fuente dicha relación.

b) Los casos en los que estamos frente a derechos renunciables en materia laboral son los siguientes:

- En caso que la fuente de la remuneración sea una norma legal dispositiva.
- En caso de cláusula normativa de convenio colectivo.
- En caso de derechos vinculados al contrato de trabajo, salvo la afectación de sumas que signifiquen derechos menores a los taxativamente señalados por la Constitución y la ley.
- Por costumbre.

7. La identificación de campo de los derechos irrenunciables y renunciables puede ser efectuada válidamente, a partir de los siguientes criterios y subcriterios:

a) Definir el contexto constitucional y legal de la irrenunciabilidad de derechos laborales.

- Que exista una disposición imperativa que emane de un tratado internacional y como tal, la disposición supranacional forma parte del Derecho peruano y su observancia resulta ineludible;

- A esta naturaleza supraconstitucional se suma el carácter constitucional de una obligación laboral irrenunciable, gozando la misma de un carácter tuitivo-protector que las partes en la relación laboral deben respetar;
- No obstante el carácter de mandato de las disposiciones señaladas, debemos tener en cuenta, adicionalmente, que los derechos fundamentales, no obstante su basamento constitucional y carácter imperativo, no pueden resultar absolutos. En tal sentido, en determinadas circunstancias y bajo la pauta de una debida motivación constitucional, los mandatos laborales irrenunciables pueden ceder, vía ponderación o proporcionalidad, ante otro derecho fundamental.
- Debe evaluarse, de la misma forma, la existencia de una norma constitucional o legal que en forma taxativa establezca determinados derechos y beneficios sociales que tengan como fuente dicha relación. Este criterio es advertido a partir de la casación 476-2005, de la Sala Transitoria Social y Constitucional de la Corte Suprema, analizada en el ítem 4.2.2.3. de esta Tesis.

b) Analizar la titularidad de los derechos renunciados y la naturaleza del acto a renunciar.

Para definir adecuadamente la irrenunciabilidad de derechos, la renuncia que el trabajador hubiere efectuado, debe satisfacer mínimamente las siguientes características:

- Debe ser expresada por el trabajador;
- Acto de disposición debe ser irrevocable y unilateral;
- Inaplicabilidad de la renuncia tácita o presunta;
- Reconocimiento del derecho en una norma imperativa.

8. La protección de la irrenunciabilidad en el Derecho Comparado presenta diversos niveles: en el sistema universal de derechos humanos, el énfasis es de protección del

derecho a la vida como un núcleo inderogable. Con relación al principio de irrenunciabilidad de derechos laborales, la protección en el sistema interamericano tiene lugar a nivel de los derechos económicos, sociales y culturales. En el ámbito constitucional, la coincidencia de defensa de la irrenunciabilidad es unánime entre los países latinoamericanos. Doctrinariamente, la evolución de la irrenunciabilidad de derechos laborales presenta variantes en su contenido y alcances.

9. La predictibilidad en materia judicial es un objetivo aún de largo alcance. Los fallos contradictorios a nivel de las instancias más altas de nuestro sistema de justicia no coadyuvan al objetivo de una mejor impartición de justicia en nuestro país. Fallos disímiles en circunstancias similares tienden a crear confusión en los decisores jurídicos. No obstante ello, es un signo positivo que la Corte Suprema, en un afán ordenador que en esta específica materia no hemos apreciado por parte del Tribunal Constitucional, ya haya señalado, a través de la casación 476-2005, criterios de campo para una mejor aplicación de la irrenunciabilidad de derechos en materia laboral.

RECOMENDACIONES

1. Convendrá a futuro distinguir que estamos frente a derechos irrenunciables en materia laboral cuando la discusión de un derecho analice el carácter de indisponibilidad del derecho del trabajador y se evalúe su nivel de taxatividad.
2. Convendrá que a futuro, tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema definan, bajo criterios vinculantes, cuándo se habrá de configurar la irrenunciabilidad de derechos laborales. Es un avance de importancia, al respecto, la casación 476-2005 de la Sala Transitoria Social y Constitucional de la Corte Suprema, la cual fija inicialmente un criterio marco inicial respecto a la irrenunciabilidad de derechos laborales.
3. Resulta necesario definir un dispositivo legal que determine, a nivel positivo y con claridad, cuándo estamos frente a derechos irrenunciables en materia laboral para el trabajador, atendiendo a que la jurisprudencia ha cumplido un papel limitado al respecto. Por el contrario, la existencia de fallos contrarios por parte de los organismos llamados a sentar líneas jurisprudenciales: Tribunal Constitucional y Salas Supremas, resulta de suma preocupación.

PROPUESTA DE LEGE FERENDA

Consideramos que el aporte sustancial de esta Investigación reside en que el Anteproyecto de ley formulado, el cual resume las principales inquietudes desarrolladas. Como tal, dicho anteproyecto se propone delimitar el ámbito de situaciones en las cuales se configura la irrenunciabilidad de derechos. De la misma forma, al producirse la determinación de los derechos renunciables, entonces la Investigación ha rendido un resultado provechoso, cual es efectuar aportes para una mejor impartición de justicia, mereciéndose destacar que tales aportes resultan igualmente valiosos para la ley y la doctrina.

El Anteproyecto de Ley presentado es el siguiente:

“EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

POR CUANTO:

El Congreso ha dado la ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA DEL PERU

Ha dado la ley siguiente.

Artículo 1. La aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos, previsto en el artículo 26 numeral 2 de la Constitución, tendrá lugar atendiendo a la fuente de la remuneración objeto de renuncia así como a la taxatividad de su enunciado. De igual forma, es exigible la preexistencia de una relación de trabajo.

Artículo 2. Procederá la aplicación del principio de irrenunciabilidad si la fuente del derecho infringe derechos mínimos establecidos por la Constitución y la ley, o derechos taxativos que emanen de norma constitucional o legal.

Artículo 3. No procederá la aplicación del principio de irrenunciabilidad si la fuente de la remuneración es norma legal dispositiva, cláusula normativa de convenio colectivo, el contrato de trabajo o la costumbre.

Artículo 4. A efectos de la procedencia de la irrenunciabilidad, debe atenderse al hecho fuente de que el trabajador hubiere renunciado, que el acto de disposición sea irrevocable y unilateral. De igual forma, no es aplicable la renuncia tácita o presunta y el reconocimiento del derecho debe constar en una norma imperativa

Artículo 5. Declárese de interés nacional la promoción de la inspección de trabajo para verificar que los empleadores ajusten su accionar a los parámetros de la presente norma.

Artículo 6. La presente norma será reglamentada en el plazo de 90 días calendario, desde su promulgación.

Comuníquese al Presidente de la República para su promulgación.

Casa del Congreso, en Lima, a los.... días del mes de.... de dos mil

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla

Dado en la casa de Gobierno, en Lima, a los... días del mes de.....de dos mil.... “

BIBLIOGRAFÍA

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Módulo Derecho Laboral, Colectivo del Trabajo y Proceso Laboral. Programa de Formación de Aspirantes. 2004. VI Curso.

ASIS DE ROIG, Rafael.

Jueces y normas. La Decisión Judicial desde el Ordenamiento. Marcial Pons; Madrid, 1995.

ATIENZA, Manuel

Las Razones del Derecho. Palestra Editores. Lima 2004.

BERNAL PULIDO, Carlos.

La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales. Materiales de enseñanza Derecho Constitucional de la Academia de la Magistratura. X Curso de Capacitación para el Ascenso. 2do nivel

BERNAL PULIDO, Carlos.

El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003,

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos.

El despido en el Derecho Laboral. Primera edición. Lima, ARA. 2002.

BOBBIO, Norberto.

Teoría del Ordenamiento Jurídico. 1960. En "Introducción al Derecho" de José Luis del Hierro. Editorial Síntesis, Madrid, 1997.

BRONSTEIN, Arturo S.

La Flexibilización del Trabajo. Panorama General. En AA.VV. "La Flexibilización del Trabajo. Un Estudio Internacional", Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado, Barquisimeto, 1990.

BUNGE, Mario.

La ciencia, su método y su filosofía. Ediciones Arco iris.

CARNELUTTI, Francesco.

Sistema de Derecho Procesal Civil, Edit. Uteha Argentina.

CERIAJUS

Resumen Ejecutivo. Lima. 2004.

CERIAJUS

Preguntas y respuestas. Lima 2004.

CORIAT, Benjamín

"Pensar al Revés: trabajo y organización en la empresa japonesa". Siglo XXI Editores, 1995.

DE LA VILLA GIL, Luis

El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales. En: Revista de Política Social. No. 70. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1970.

ELIAS MANTERO, Fernando.

Contradicción jurisprudencial. Resoluciones del Tribunal relacionadas a la rebaja de remuneración. Revista Actualidad Laboral. Lima, 2004.

FERNANDEZ LOPEZ, M.F., GARRIDO PEREZ, E, GONZALES BIEDNA, E., RODRIGUEZ RAMOS, MJ, SANTANA GOMEZ, A.

Temas de Derecho del Trabajo. Editorial Centro de Estudios Ramón Cáceres. 1994.

FERRO DELGADO, Víctor

El principio de irrenunciabilidad en la interpretación constitucional. En “Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho peruano”. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez, 2004. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

FIGUEROA GUTARRA, Edwin.

Despido arbitrario. Estudio constitucional, comparado y jurisprudencial. Editorial San Marcos. Lima, 2009.

GOMEZ VALDEZ, Francisco

La Ley Procesal de Trabajo. Análisis secuencial, doctrinario, jurisprudencial y comparado. Editorial San Marcos. Lima, 2006.

GONZALES HUNT, César

La reducción de la remuneración y el principio de irrenunciabilidad de derechos. En “Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho peruano”. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez, 2004. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto. FERNANDEZ COLLADO, Carlos y BAPTISTA LUCIO, Pilar.

Metodología de la investigación. McGraw Hill Interamericana. México, 2003.

HORNA TORRES, José.

Lecciones de Diseño de Investigación Doctoral. UNMSM. 25 de junio de 2004.

MARCENARO, FRERS, Ricardo.

El trabajo en las constituciones latinoamericanas y europeas. Diálogo. Lima, 2004.

MARTIN VALVERDE, Antonio. RODRIGUEZ SAÑUDO GUTIERREZ, Fermín y GARCÍA MURCIAS, Joaquín.

Derecho del Trabajo. Editorial Tecnos. Décimo primera edición. Madrid. 2002.

MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y FERNANDEZ SUÁREZ, Jesús

Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica. En “*La interpretación jurídica*” Módulo de Razonamiento Jurídico AMAG 1999. Compilación de Ricardo León Pastor.

MONROY GALVEZ, Juan

Las excepciones en el Código Procesal Civil peruano. En: Themis. No. 27-8 Lima.1994.

NEVES MUJICA, Javier

Introducción al Derecho del Trabajo. Ara Editores. Lima, 1997.

NOVAK, Fabián y NAMIHAS, Sandra.

Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Academia de la Magistratura. Primera edición, Lima, 2004.

OJEDA AVILÉS, Antonio

La renuncia de derechos del trabajador. Madrid. IEP, 1971.

PECES. BARBA, Gregorio

Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Madrid. Universidad Carlos III de Madrid.. Boletín Oficial del Estado, 1999.

PLA RODRIGUEZ, Américo

Los principios del Derecho del Trabajo. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1978.

PRIETO SANCHÍS, Luis.

Neconstitucionalismo y ponderación judicial. Publicado en: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 5,2001.

PUNTRIANO ROSAS, Cesar.

Jurisprudencia admite rebaja de remuneración. EL PERUANO, 01 de setiembre de 2004.

RODRIGUEZ PINZON, Diego.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en “*Manual sobre Derecho Internacional de los derechos humanos: teoría y práctica.*” Compiladores: Carlos Ayala Corao, Claudia Martín y Diego Rodríguez Pinzón. Ed. Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela 2008, en producción.

RUBIO CORREA, Marcial

La *interpretación jurídica* en “*El sistema jurídico. Introducción al Derecho*”. Módulo de Razonamiento Jurídico. Programa de Formación de Aspirantes Academia de la Magistratura. 1997.

SALA FRANCO, Tomás

Derecho del Trabajo. Tirant lo Blanch. Valencia, 1992.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge

El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales. Normativa, jurisprudencia y realidad. Revista IUS ET VERITAS. Año XI. No. 22. Junio 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo

El Derecho dúctil. Trotta, Madrid, 1995.

ANEXOS

Tribunal Constitucional

1. STC 2906-2002-AA/TC, del 20 de enero de 2004, proceso de amparo seguido por Mario Figueroa Ayala contra la Southern Peru Copper Corporation
2. STC 09-2004-AA/TC, proceso de amparo seguido por Roberto Castillo Melgar contra Empresa Prestadora de Servicios EPS SEDAPAR
3. STC 0025-2007-PI/TC, Decano del Colegio Nacional de Profesores del Perú contra el Congreso de la República.

Corte Suprema

4. Casación 863-2002- Callao, sobre reintegro de beneficios sociales. Sala Transitoria Social y Constitucional de la Corte Suprema.
5. Casación 1781-2005- Lima Primera Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema
6. Casación 476-2005. Sala Transitoria Social y Constitucional de la Corte Suprema

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 20 días del mes de enero de 2004, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, con asistencia de los señores magistrados Rey Terry, Revoredo Marsano y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Mario Filiberto Figueroa Ayala contra la resolución de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fojas 160, su fecha 10 de octubre de 2002, que declaró improcedente la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 11 de marzo de 2002, el recurrente interpone acción de amparo contra la empresa Southern Perú Copper Corporation, alegando la afectación de sus derechos constitucionales a la libertad de trabajo, al debido proceso, al principio de razonabilidad de los actos, a la irrenunciabilidad de los derechos adquiridos, al de legalidad, de defensa, de igualdad y a no ser discriminado; y, en consecuencia, solicita que se declare nula y sin efecto legal la rebaja de categoría y de remuneraciones que se ha dispuesto prescindiendo del procedimiento preestablecido por la ley, y sin efecto la transferencia y cambio de funciones que venía desempeñando en la sección de operaciones de trenes; así como que se le restituya la condición laboral de empleado en el cargo de conductor de operaciones, y se le paguen las remuneraciones que, en su categoría de empleado, venía percibiendo.

Afirma haber laborado para la demandante por más de 24 años; que habiendo adquirido la condición laboral de empleado, percibía una remuneración promedio de S/. 6,000.00; que habiéndose fracturado el fémur izquierdo en el mes de noviembre de 1998, se reintegró a su actividad laboral en el mes de mayo de 2000, en el cargo de conductor empleado y que, posteriormente, al diagnosticársele una mialgia, que no requería más de 30 días de descanso médico, la emplazada, en forma abusiva, ordenó que no se le diera su alta médica hasta que no fuera sometido a una nueva evaluación y calificación de invalidez por la COMAFP, lo que no aceptó. Agrega que ello dio lugar a que se le diera un descanso médico del 7 de agosto de 2000 al 11 de marzo de 2001, luego de lo cual la División Médica le dio de alta, señalando que se encontraba apto para trabajar, lo que no fue aceptado por la empleadora. Asimismo, expone que al no aceptar una renuncia voluntaria, fue coaccionado para firmar una carta y un acta, mediante las cuales renunciaba a sus derechos adquiridos y solicitaba una rebaja de categoría de remuneración y su transferencia de sección de trabajo.

La emplazada deduce la excepción de caducidad y solicita que se declare improcedente la demanda, aduciendo que la empresa, atendiendo a la solicitud del demandante, con fecha 10 de marzo de 2001, lo transfirió de área, informando de ello a la Autoridad Administrativa de Trabajo; agregando que el demandante no ha acreditado que la empresa se ha aprovechado de su apremiante necesidad de trabajo, ni de la supuesta coacción o intimidación de la cual ha sido objeto, y que, de existir vicios de voluntad, deberá iniciar la demanda correspondiente en la vía ordinaria.

El Sexto Juzgado Civil de Arequipa, con fecha 15 de abril de 2002, declaró improcedente la excepción de caducidad y fundada la demanda, por considerar que el demandante fue compulsado a aceptar un trabajo o puesto determinado con rebaja de categoría y su transferencia a otro puesto con disminución de remuneraciones, en abierta vulneración del derecho constitucional a la libertad de trabajo, reconocido en el artículo 23° de la Constitución.

La recurrida revocó la apelada y, reformándola, declaró fundada la excepción de caducidad y, en consecuencia, improcedente la demanda, en aplicación del artículo 37° de la Ley N.° 23506, teniendo en cuenta la fecha de suscripción del acta precitada en autos.

FUNDAMENTOS

1. Respecto de la excepción de caducidad, este Tribunal considera que ella debe desestimarse, en razón de que, en el presente caso, se trata de una afectación que reviste carácter continuado, ya que los actos considerados atentatorios de los derechos fundamentales del demandante, permiten –de acreditarse– la reducción de su remuneración, situación que se presenta mes a mes.
2. La emplazada sustenta su actuación en el escrito de fecha 08 de marzo de 2001, presentado por el demandante, en el que solicita que se le rebaje de categoría y/o remuneración (f. 27), lo que dio lugar a que se suscribiera el Acta de fecha 10 del mismo mes y año (f. 23 y ss.), en la que la empresa manifiesta su decisión de aceptar la mencionada solicitud asignando al demandante el puesto de chofer 1A (obrero), dentro de la 5.ª Categoría, retirándolo de la Categoría D, en la que se desempeñaba como conductor (empleado).
3. El artículo 22° de la Constitución establece que el trabajo es un deber y un derecho, interesando únicamente, en el caso de autos, su dimensión como derecho, en atención al contenido de la demanda. Además, el tercer párrafo del artículo 23° precisa que “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”.

Se impone, así, una cláusula de salvaguarda de los derechos del trabajador, en concordancia con el artículo 1° de la Constitución, que estatuye que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Con ello, además, se permite que el principio de igualdad surta efectos, justamente, en una relación asimétrica, como la que se produce entre una empresa y un trabajador.

4. La Constitución protege, pues, al trabajador, aun respecto de sus actos propios, cuando pretenda renunciar a los derechos y beneficios que por mandato constitucional y legal le corresponden, evitando que, por desconocimiento o ignorancia –y sobre todo, en los casos de amenaza, coacción o violencia–, se perjudique.
5. En el presente caso, debe distinguirse entre la rebaja de categoría, la rebaja de sueldo y la rotación del trabajador de un área a otra; en los dos primeros casos, evidentemente se trata de hechos que no pueden ni deben ser tolerados en nuestro ordenamiento jurídico, pues están en abierta contradicción con el artículo 23° de la Constitución, como se ha expuesto en el fundamento 2 de la presente sentencia, y es concordante con su artículo 26°, inciso 2), que dispone que constituye un principio de la relación laboral el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, principio que no ha sido respetado en autos, razón por la cual cabe amparar la demanda en tal extremo.

No obstante, ello no significa que la solicitud y el acta precitadas sean nulas en su totalidad, sino únicamente la parte de ellas que es contraria a la Constitución y la ley; por lo tanto, parte de su contenido es perfectamente aplicable a la relación laboral.

6. En consecuencia, habiendo manifestado el demandante su disposición a ser trasladado a otra área de trabajo, dentro de su categoría, lo que fue aceptado por la emplazada, como aparece de la Cláusula Tercera del Acta de fojas 23, no puede pretender sustraerse a las consecuencias de sus actos.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de la atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

FALLA

REVOCANDO la recurrida que, revocando la apelada, declaró fundada la excepción de caducidad e improcedente la acción de amparo y, reformándola, declara infundada la citada excepción; **FUNDADA**, en parte, la demanda, y, en consecuencia, sin efecto legal la rebaja de categoría y remuneraciones aplicada al demandante, al que debe restituírsele la condición de empleado dentro de su categoría, más el pago de la diferencia que por concepto de remuneraciones no percibió; e **INFUNDADA** en el extremo que solicita el retorno al área de trabajo en que se desempeñaba, antes de la implementación del Acta de fojas 23. Dispone la notificación a las partes, su publicación con arreglo a ley y la devolución de los actuados.

SS.

REY TERRY
REVOREDO MARSANO
GARCÍA TOMA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 21 días del mes de mayo de 2004, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Roberto Castillo Melgar contra la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fojas 179, su fecha 7 de noviembre de 2003, que declaró infundada la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

El demandante, con fecha 10 de julio de 2002, interpone acción de amparo contra la Empresa Prestadora de servicios (EPS) SEDAPAR S.A., con el objeto que se declare la nulidad y se deje sin efecto la rebaja de nivel, categoría y remuneración que se le viene aplicando, nulidad que debe hacerse extensiva a los demás actos derivados de la precitada rebaja; asimismo, solicita que se ordene su reposición en la condición de Asesor de Gerencia General, y la restitución de las remuneraciones y demás derechos laborales inherentes al cargo.

Manifiesta que ingresó a laborar en la emplazada por concurso público con fecha 18 de agosto de 1975, llegando a desempeñarse como Asesor de Gerencia General, cargo al que accedió mediante la reasignación dispuesta por la Resolución N.º 20790-96/S-1002, de fecha 20 de diciembre de 1996; que la demandada, mediante Resolución N.º 22240-98/S-1002, de fecha 7 de octubre de 1998, dio por concluida sus labores en el cargo de asesor que venía desempeñando, poniéndolo a disposición de la Gerencia Administrativa, sin que a la fecha tenga un cargo específico, manteniendo la condición de “profesional ambulante”; que, con fecha 15 de marzo de 1999, fue compelido por la emplazada a suscribir una carta mediante la cual solicitó que se le rebaje de nivel, categoría y remuneraciones; y que, posteriormente, con fecha 25 de octubre de 1999, suscribió un convenio formalizando las citadas rebajas; agrega que, sin embargo, con fecha 27 de octubre de dicho año, solicitó revocar dicho convenio, debido a que afectaba derechos irrenunciables. Refiere, asimismo que la mencionada solicitud no fue oportunamente resuelta, por lo que dio por denegado su pedido en aplicación del silencio administrativo negativo; y que, contra dicha resolución ficta, con fecha 30 de noviembre de 2001, interpuso recurso de apelación, el cual, mediante Resolución N.º 331-2002/S-1002 del 29 de abril de 2002, fue declarado improcedente por la demandada.

Añade que, al haber dispuesto la rebaja de nivel, categoría y remuneración, la demandada ha vulnerado sus derechos constitucionales a la libertad de trabajo, al debido proceso, a la irrenunciabilidad de los derechos adquiridos, a la legalidad, a la defensa y a no ser discriminado, así como los principios de autonomía de la voluntad y de razonabilidad de los actos.

La emplazada contesta la demanda negándola en todos sus extremos, manifestando que el recurrente accedió al cargo de Asesor de Gerencia General mediante la Resolución de Directorio N.º 20790-96/S-1002, la cual califica dicho cargo como de “confianza”, y que la remuneración y la categoría obedecen a la designación en tal cargo. Sostiene que el actor solicitó mediante registro N.º 1018-98, la “recalificación” del cargo de confianza, pedido que fue declarado improcedente; que dicho pronunciamiento no fue impugnado; y que, como efecto de la Resolución N.º 22240-98/S-1002, que dio por concluidas las labores del actor en el cargo de confianza, se lo reasignó en el cargo de Adjunto Legal en la Oficina de Logística, el cual está consignado en el cuadro de Asignación de Personal. Finalmente, respecto al convenio de rebaja de nivel, categoría y remuneraciones, refiere que se trataba de beneficios producto de la designación en el cargo de confianza y que, además, a pesar de no ser necesaria su celebración, pues no eran derechos adquiridos por el trabajador, ese convenio está previsto por la Ley N.º 9463, que permite la rebaja de remuneraciones con autorización del trabajador.

El Noveno Juzgado Civil del Módulo Corporativo Civil II de Arequipa, con fecha 18 de febrero de 2003, declaró infundada la demanda, por considerar que el demandado desempeñaba un cargo calificado como de confianza, como se desprende de la Resolución N.º 20790-96/S-1002, y que es potestad del empleador el retiro de la confianza a un funcionario en un cargo calificado como tal.

La recurrida confirmó la apelada, por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

1. El demandante asumió el cargo Asesor de Gerencia General en virtud de la Resolución N.º 20790-96/S-1002, de fecha 20 de diciembre de 1996, en la cual expresamente se consigna que dicho cargo es de confianza, según lo dispuesto por la Resolución N.º 20225-96/S-1002, de fecha 17 de abril de 1996. Sin embargo, la Resolución N.º 20806-96/S-1002, de fecha 27 de diciembre de 1996, obrante a fojas 112 de autos, deja sin efecto la citada Resolución N.º 20225-96/S-1002, y califica a todos los cargos de funcionarios de la empresa demandada como de carrera. Tal calificación fue ratificada por la Resolución N.º 22138-98/S-1002, de fecha 7 de setiembre de 1998, que incluso califica como cargo de Dirección y Confianza sólo al cargo de Gerente General. Por tal motivo, al 7 de octubre de 1998 –fecha en que por Resolución N.º 22240-98/S-1002 se da por concluida las labores del recurrente en el cargo de Asesor de la Gerencia General– dicho cargo estaba considerado como de carrera, y el actor no podía ser obligado a renunciar al cargo, nivel y remuneración adquirido. Por ello, debe considerarse que es con la emisión de la Resolución N.º 22240-98/S-1002, de fecha 7 de octubre de 1998, que se afectarían los derechos constitucionales alegados por el actor, respecto a la rebaja de nivel y categoría.
2. De autos se advierte que la demanda fue presentada el 10 de julio de 2002, esto es, más de 3 años después de la emisión de la cuestionada Resolución N.º 22240-98/S-1002, razón por la cual el plazo prescriptorio establecido por el artículo 37.º de la Ley N.º 23506, en el extremo de la demanda referida a la rebaja de nivel y categoría, ha operado largamente, no habiendo el recurrente acreditado haber estado en la imposibilidad de defender oportunamente sus derechos presuntamente

violados, interponiendo las acciones judiciales o administrativas que le franqueaba la ley.

3. En cuanto a la rebaja de remuneraciones, con las boletas de pago obrantes de fojas 11 a 15 de autos, ha quedado acreditado que el actor siguió percibiendo la misma remuneración que recibía como Asesor de Gerencia General hasta el mes de diciembre de 1999, y que la referida reducción se sustenta en el convenio suscrito con fecha 25 de octubre de dicho año. Al respecto, la posibilidad de reducir las remuneraciones está autorizada expresamente por la Ley N.º 9463, del 17 de diciembre de 1941, siempre que medie aceptación del trabajador. Igual situación es contemplada, *contrario sensu*, por el artículo 30.º, inciso b), del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, aprobado por Decreto Supremo N.º 003-97-TR, y el artículo 49.º de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 001-96-TR, que consideran la reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría como acto de hostilidad equiparable al despido. Sin embargo, el actor manifiesta que fue compelido por la emplazada a firmar dicho convenio. En ese sentido, este Colegiado considera que la vía del amparo, por su carácter sumario, no es la idónea para resolver dicho extremo de la demanda, tomando en consideración que se fundamenta en un vicio en la manifestación de voluntad del recurrente, lo cual requiere la actuación de pruebas y diligencias dentro de la correspondiente estación probatoria, etapa de la cual carece el amparo. En todo caso, en este extremo, este Colegiado deja a salvo el derecho del recurrente para que pueda ejercerlo en sede ordinaria.

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que la Constitución Política del Perú le confiere,

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la acción de amparo de autos.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL
00025-2007-PI/TC**

SENTENCIA

DEL PLENO DEL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Decano Nacional del Colegio de Profesores del Perú (demandante) c.
Congreso de la República (demandado)**

Resolución del 19 de setiembre de 2008

Asunto:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Decano Nacional del Colegio de Profesores del Perú contra los artículos 3º, 11º inciso d), 12º, 17º, 29º segundo párrafo, 40º, 41º, 51º, 53º, 54º, 63º, 65º inciso c), así como la Sexta y la Décimo Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N.º 29062 – Ley que modifica la Ley del Profesorado en lo referido a la Carrera Pública Magisterial.

Magistrados presentes:

**MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.º 00025-2007-PI/TC
LIMA
DECANO NACIONAL DEL COLEGIO
DE PROFESORES DEL PERÚ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Arequipa, a los 19 días del mes de setiembre de 2008, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Mesía Ramírez, Presidente; Vergara Gotelli, Vicepresidente; Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Proceso de Inconstitucionalidad interpuesto por el Decano Nacional del Colegio de Profesores del Perú contra los artículos 3º, 11º inciso d), 12º, 17º, 29º segundo párrafo, 40º, 41º, 51º, 53º, 54º, 63º, 65º inciso c), así como la Sexta y la Décimo Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N.º 29062 - Ley que modifica la Ley del Profesorado en lo referido a la Carrera

Pública Magisterial, por vulnerar los derechos a la igualdad, al trabajo, a una remuneración equitativa y suficiente, y a la huelga, así como los principios a la presunción de inocencia, a la jerarquía de normas, a la irretroactividad de las leyes, a los principios de la relación laboral, a lo establecido respecto al Estado y la Política Educativa, y a la obligación del Estado de promoción del trabajo.

II. DATOS GENERALES

| | |
|--------------------------|--|
| Tipo de proceso | : Proceso de Inconstitucionalidad |
| Demandante | : Decano Nacional del Colegio de Profesores del Perú |
| Norma sometida a control | : Los artículos 3º, 11º inciso d), 12º, 17º, 29º segundo párrafo, 40º, 41º, 51º, 53º, 54º, 63º, 65º inciso c), así como la Sexta y la Décimo Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N.º 29062 – Ley que modifica la Ley del Profesorado en lo referido a la Carrera Pública Magisterial. |
| Derechos invocados | : El derecho a la igualdad ante la ley (artículo 2º, numeral 2) de la Constitución); el derecho a trabajar libremente (artículo 2º numeral 15) de la Constitución); el principio a la presunción de inocencia (artículo 2º, numeral 24) inciso e. de la Constitución); lo establecido respecto al Estado y la Política Educativa (artículo 16º de la Constitución); el derecho al trabajo (artículo 22º de la Constitución); la obligación del Estado de promoción del trabajo (artículo 23º de la Constitución); el derecho a una remuneración equitativa y suficiente (artículo 24º de la Constitución); los principios de la relación laboral (artículo 26º de la Constitución); el derecho a la huelga (artículo 28º numeral 3 de la Constitución); el principio de jerarquía de normas (artículo 51º de la Constitución); y el principio de irretroactividad de las leyes (artículo 103º de la Constitución). |
| Petitorio | : Se declare la inconstitucionalidad de la Ley N.º 29062 – Ley que modifica la Ley de Profesorado en lo referido a la Carrera Pública Magisterial. |

III. NORMAS SUJETAS A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Artículo 3° de la Ley N.º 29062, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 3°.- El profesor

El profesor es un profesional de la educación, con título de profesor o licenciado en educación, con calificaciones y competencias debidamente certificadas que, en su calidad de agente fundamental del proceso educativo, presta un servicio público esencial dirigido a concretar el derecho de los estudiantes y de la comunidad a una enseñanza de calidad, equidad y pertinencia. Requiere de desarrollo integral y de una formación continua e intercultural.

Artículo 11° inciso d) de la Ley N.º 29062, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 11.- Requisitos para postular a la Carrera Pública Magisterial

El ingreso a la Carrera Pública Magisterial es por concurso público.

Para participar en el concurso público de acceso a una plaza vacante se requiere cumplir con los siguientes requisitos:

(...) d. No haber sido condenado ni estar incurso en proceso penal por delito doloso.

Artículo 12° de la Ley N.º 29062, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 12°.- Concurso público para el ingreso a la Carrera Pública Magisterial

El Ministerio de Educación es el responsable de planificar, conducir, monitorear y evaluar el proceso de ingreso a la Carrera Pública Magisterial. Autoriza anualmente la convocatoria a concurso público para acceder a plazas vacantes.

El concurso público se caracteriza por ser objetivo, transparente, imparcial y confiable. Se realiza en dos etapas:

a) La primera a cargo del Ministerio de Educación para acreditar las capacidades y competencias del docente, a través de una prueba nacional. Esta comprende además la evaluación psicológica.

b) La segunda se desarrolla en la Institución Educativa entre quienes hayan aprobado la primera etapa. En ésta se evalúa la capacidad didáctica del docente, así como su conocimiento de la cultura y lengua materna de los educandos.

El Ministerio de Educación elabora, en coordinación con el órgano operador correspondiente del Sistema Nacional de Evaluación, Acreditación y Certificación de la Calidad Educativa - SINEACE, los indicadores e instrumentos de evaluación, teniendo en cuenta la pluriculturalidad y diversidad regional.

La relación de plazas vacantes por institución educativa es elaborada por la Unidad de Gestión Educativa Local y refrendada a nivel regional y nacional, en función de las necesidades de los servicios educativos y teniendo en consideración lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley N° 27050 y su modificatoria, la Ley N° 28164.

Artículo 17° de la Ley N.º 29062, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 17º.- Concurso público para cubrir cargos directivos

El Ministerio de Educación convoca a concurso público para cubrir plazas de Director y Subdirector de las Instituciones y Programas Educativos. El concurso está a cargo de la Unidad de Gestión Educativa Local y se realiza en función de las necesidades del servicio educativo. Se caracteriza por ser objetivo, transparente, imparcial y confiable.

Artículo 29º segundo párrafo de la Ley N.º 29062, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 29º.- Factores de evaluación del desempeño

(...)

Los profesores que no aprueben la evaluación en una primera y segunda oportunidad, son capacitados y asistidos para el fortalecimiento de sus capacidades pedagógicas. Si después de esta capacitación vuelven a desaprobado son retirados de la Carrera Pública Magisterial.

Artículo 40º de la Ley N.º 29062, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 40º.- Gestión de las actividades del Programa

Las actividades del Programa de Formación y Capacitación Permanente son normadas por el Ministerio de Educación dentro de un Sistema de Formación Continua. Son organizadas y gestionadas por el Ministerio de Educación, por las otras instancias de gestión educativa descentralizadas o por las Instituciones Educativas, respetando la política nacional, regional y local de formación continua.

Artículo 41º de la Ley N.º 29062, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 41º.- Formación y capacitación de Directores y Subdirectores

El Ministerio de Educación normará y organizará un Programa Nacional de Formación y Capacitación de Directores y Subdirectores de Instituciones Educativas.

Artículo 51º de la Ley N.º 29062, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 51º.- Asignación por tiempo de servicios

El profesor tiene derecho a percibir una remuneración íntegra al cumplir veinte (20) años de servicios la mujer; y veinticinco (25) años de servicio el varón; asimismo, dos (2) remuneraciones íntegras, al cumplir veinticinco (25) años de servicio la mujer y treinta (30) años de servicio el varón.

Artículo 53º de la Ley N.º 29062, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 53º.- Subsidio por luto y sepelio

El profesor tiene derecho a subsidio por luto y sepelio al fallecer su cónyuge. Este es equivalente a una remuneración íntegra o a una pensión. También tiene derecho a un subsidio equivalente a una remuneración íntegra o a una pensión por fallecimiento del padre o la madre. Al fallecer el profesor, activo o pensionista, el cónyuge, hijos, padres o hermanos, en esa prelación y en forma

excluyente, tienen derecho al subsidio de dos (2) remuneraciones íntegras o pensiones.

Artículo 54° de la Ley N.º 29062, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 54°.- Compensación por Tiempo de Servicios y remuneración personal
El profesor recibe remuneración compensatoria por tiempo de servicios, la que se otorga al momento de su cese a razón de dos (2) remuneraciones totales permanentes por año o fracción mayor a seis (6) meses de servicios oficiales. Percibe, además, una remuneración personal del dos por ciento (2%) de su remuneración por cada año de servicios cumplidos.

Artículo 63° de la Ley N.º 29062, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 63°.- Jornada de trabajo del Profesor, Subdirector y Director
La jornada ordinaria de trabajo de los profesores es de treinta (30) horas cronológicas semanales. Comprende horas de docencia de aula, de preparación de clases, de actividades extracurriculares complementarias, de proyección social y de apoyo al desarrollo de la Institución Educativa.
En los casos en que el profesor trabaje un número de horas diferente al de la jornada laboral ordinaria, por razones de nivel educativo, modalidad, especialidad o disponibilidad de horas en la Institución Educativa, el pago de su remuneración está en función de las horas de trabajo. No gozan de esta remuneración adicional aquellos profesores que perciben una asignación al cargo por su trabajo directivo, administrativo o pedagógico.
Los Directores de Instituciones Educativas, con la opinión del Consejo Académico, fijan los horarios de trabajo de los profesores de aula, teniendo en cuenta la disponibilidad presupuestaria.
La jornada de trabajo para los Directores y Subdirectores es de cuarenta (40) horas cronológicas semanales.

Artículo 65° inciso c) de la Ley N.º 29062, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 65°.- Término de la relación laboral
El retiro de la Carrera Pública Magisterial de los profesores se produce en los siguientes casos:
(...)
c. No haber aprobado la evaluación de desempeño laboral en tres oportunidades y en el mismo Nivel Magisterial.
(...)
El profesor comprendido en los alcances del literal a. puede solicitar su reingreso a la Carrera Pública Magisterial. El reingreso se produce en el mismo Nivel Magisterial que tenía al momento de su retiro de la Carrera. El reglamento de la presente Ley establece las condiciones y procedimientos de reingreso.
El profesor comprendido en los alcances del literal b. no puede reingresar a cualquier entidad pública por un plazo de cinco (5) años, a excepción de aquel que estuvo incurso en las causales establecidas en los literales b. y c. del artículo 36 de la presente Ley, los que no podrán reingresar al servicio público.
El profesor comprendido en los alcances del literal c. no puede reingresar al servicio público docente.

Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N.º 29062, cuyo texto es el siguiente:

SEXTA.- Los profesores que están bajo el régimen de la Ley N.º 24029, Ley del Profesorado, se encuentran comprendidos en los alcances de los artículos 28 y 65 de la presente Ley.

Décimo Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N.º 29062, cuyo texto es el siguiente:

DÉCIMO TERCERA.- Entiéndese por remuneración íntegra a los conceptos de carácter regular y permanente que de manera continua percibe el profesor.

IV. ANTECEDENTES

1. Argumentos de la demanda

El Decano Nacional del Colegio de Profesores del Perú interpone demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3º, 11º inciso d), 12º, 17º, 29º segundo párrafo, 40º, 41º, 51º, 53º, 54º, 63º, 65º inciso c), así como contra la Sexta y la Décimo Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N.º 29062 – Ley que modifica la Ley del Profesorado en lo referido a la Carrera Pública Magisterial. Sustenta la demanda manifestando que la cuestionada ley considera a la educación como un servicio público esencial, lo cual atenta contra el derecho de huelga reconocido en el artículo 28º de la Constitución, toda vez que la huelga es el derecho que tienen los trabajadores para suspender las labores como forma de presión para obtener la restitución de un derecho conculcado o la mejora o creación de un derecho, y que los únicos servicios que pueden ser considerados esenciales son aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, seguridad o salud de la persona o parte de la población, por lo que la educación no puede ser considerada como tal. Asimismo, señala que el requisito de no haber sido condenado ni estar incurso en proceso penal por delito doloso para poder postular a la Carrera Pública Magisterial es inconstitucional porque vulnera el principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 2º numeral 24. inciso e) de nuestra Carta Magna, ya que toda persona es considerada inocente hasta que haya sido condenada mediante sentencia penal expresa.

De otro lado, manifiesta que establecer el retiro de la Carrera Pública Magisterial por desaprobación por tercera vez la evaluación, luego de la respectiva capacitación, vulnera los derechos adquiridos y los principios de la relación laboral, contraviniendo el artículo 26º de la Constitución, más aún cuando se dispone que el profesor retirado por dicha causal no podrá reingresar al servicio docente, en evidente discriminación y limitación del ejercicio de los derechos constitucionales establecidos en el tercer párrafo del artículo 23º de la Constitución, al desconocer los títulos profesionales e impedir el ejercicio de la

profesión docente a perpetuidad, prohibiendo el reingreso a la Carrera Pública Magisterial. Del mismo modo, alega que dicha ley contraviene el artículo 16° de la Carta Magna, pues tanto el sistema como el régimen educativos son descentralizados; por tanto, no se puede designar al Ministerio de Educación como el único ente responsable de la gestión del proceso de ingreso a la Carrera Magisterial así como del Programa de Formación y Capacitación Permanente.

Aduce además que se estaría cometiendo un abuso de derecho, toda vez que se aplica la cuestionada norma a docentes que ingresaron y desarrollan su carrera profesional bajo el marco de las Leyes N.ºs 24069 y 25212, contraviniendo el artículo 103° de la Constitución. Finalmente, señala que la norma impugnada establece una disminución en las remuneraciones y bonificaciones, desconociendo derechos adquiridos, más aún cuando equipara la remuneración íntegra a la remuneración total permanente.

2. Contestación de la demanda

El apoderado del Congreso de la República contesta la demanda señalando que la educación debe ser considerada como un servicio público esencial en concordancia con el artículo 1° de la Ley N° 28988 – Ley que declara a la Educación Básica Regular como servicio público esencial, por lo que el Estado tiene el deber de garantizar la continuidad de los servicios educativos, lo cual no podrá cumplirse si es que el ejercicio del derecho de huelga de los profesores vulnera el derecho de los estudiantes a educarse. Agrega que la norma cuestionada no ha eliminado el derecho de huelga, sino que únicamente precisa que cuando los profesores lo ejerzan se debe garantizar la continuidad del servicio educativo, estableciendo una modulación del derecho de huelga en aplicación del inciso 3) del artículo 28° de la Constitución, por lo que se debe priorizar el derecho a la educación por la trascendental importancia que tiene la educación básica en la etapa formativa de los estudiantes.

Del mismo modo, respecto a la presunta vulneración del derecho a la presunción de inocencia, en la medida que no se permite participar en el concurso público de acceso a la Carrera Pública Magisterial a quien se encuentre incurso en un proceso penal por delito doloso, señala que se trata de una medida provisional, la cual sólo tiene efectos hasta que se dicte la sentencia en el respectivo proceso penal, y en caso la sentencia sea absolutoria, el sujeto absuelto podrá participar en el concurso público, por lo que la medida cuestionada no constituye una sanción sino únicamente una limitación temporal y provisional, debido a la naturaleza de la función pública, en especial, para quienes ejercen la Carrera Pública Magisterial, por lo que la medida resulta razonable y proporcional.

Asimismo, expresa que no se presenta la supuesta afectación de derechos adquiridos alegada por el demandante, dado que en nuestro país la teoría de los derechos adquiridos tiene una aplicación restringida en el ámbito

constitucional, limitándose exclusivamente a los casos que de manera expresa señale la Constitución, por lo que, tratándose de sucesión normativa, la teoría de los derechos adquiridos se restringe únicamente a los derechos pensionarios y no a otra clase de derechos.

De igual manera, respecto a la presunta aplicación retroactiva de la norma cuestionada, en base a la teoría de los hechos cumplidos, refiere que un régimen laboral regulado en una norma anterior puede ser modificado por una norma posterior, por lo que la Ley N.º 29062 puede variar válidamente el régimen de las Leyes N.ºs. 24029 y 25212. Añade que en virtud del artículo 103º de la Constitución, la nueva norma se aplica de manera inmediata a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Asimismo, sobre el supuesto abuso de derecho, anota que a la dación de leyes por parte del Poder Legislativo, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales consagradas en el artículo 102º de la Carta Magna, no puede oponerse la figura del abuso del derecho, puesto que el Congreso no actúa ejerciendo un derecho subjetivo, sino en cumplimiento de la función legislativa que la Constitución le ha asignado.

Finalmente, en relación a la supuesta vulneración del derecho a la igualdad, si bien el artículo 65º de la norma cuestionada establece un tratamiento diferente respecto a los docentes que no han aprobado la evaluación de desempeño laboral en tres oportunidades y en el mismo nivel magisterial, negándoles el reingreso al servicio público docente, aplicando el test de igualdad se observa que si bien es grave la intensidad de la intervención en la igualdad, el grado de realización u optimización del fin constitucional legítimo no es menor, pues se trata de lograr implementar un servicio público docente compuesto por profesores capacitados y que se esforzaron de manera oportuna para aprovechar la capacitación que les fue brindada por el Estado, por lo que dicho fin es mucho más trascendente que evitar el reingreso de aquellos profesores que fueron separados por no estar capacitados para la docencia. Por último, manifiesta que no se afectan las competencias de los Gobiernos Regionales en materia educativa pues el Ministerio de Educación no monopoliza la realización del concurso público, sino que realiza sus funciones en coordinación con las Unidades de Gestión Educativa Local (UGEL).

V. FUNDAMENTOS

1. Sobre la supuesta inconstitucionalidad originada en el procedimiento de formación de la Ley N.º 29062

1. El demandante alega que para la expedición de la Ley N.º 29062 no se ha observado lo dispuesto en el Reglamento del Congreso de la República, contraviniendo de esta manera el artículo 94º de la Constitución que dispone que el Reglamento del Congreso tiene fuerza de ley. Así, refiere que se incumplió con el procedimiento legislativo establecido en el artículo 73º del Reglamento del Congreso, por cuanto para su aprobación no se observó la

segunda votación. Además, la Junta de Portavoces no tiene la facultad para exceptuar de este procedimiento, dado que sólo se encuentran exoneradas de tal requisito las proposiciones legislativas señaladas de manera expresa en el artículo 78° del referido Reglamento.

2. En principio cabe precisar, respecto a las etapas del procedimiento legislativo para la dación de leyes, que el artículo 73° del Reglamento del Congreso de la República establece lo siguiente:

Artículo 73°: El procedimiento legislativo se desarrolla por lo menos en las siguientes etapas:

- a) Iniciativa Legislativa;
- b) Estudio en comisiones;
- c) Publicación de los dictámenes en el Portal del Congreso, o en la Gaceta del Congreso en el Diario Oficial El Peruano;
- d) Debate en el Pleno;
- e) Aprobación por doble votación; y,
- f) Promulgación.

Están exceptuados de este procedimiento los proyectos con trámite distinto, previsto en el presente Reglamento o los que hubieran sido expresamente exonerados del mismo, por acuerdo de la Junta de Portavoces, con el voto que represente no menos de tres quintos de los miembros del Congreso.

3. Del texto del Reglamento se colige que el procedimiento legislativo debe estar compuesto de seis etapas, y que se encuentran exceptuados de este procedimiento los proyectos con trámite distinto, previstos en el mismo Reglamento, o los que hubieran sido exonerados de manera expresa por acuerdo de la Junta de Portavoces con la votación calificada establecida.
4. Por otro lado, el artículo 31-A del Reglamento del Congreso, señala que a la Junta de Portavoces le corresponde, entre otras atribuciones mencionadas de manera expresa, aquellas que le señale el Reglamento del Congreso^{1[1]}.
5. De esta manera, si bien el artículo 78° del Reglamento del Congreso señala de manera expresa las proposiciones legislativas que se encuentran exoneradas del trámite de segunda votación, el artículo 73° del referido Reglamento le otorga a la Junta de Portavoces la facultad de exonerar de dicho trámite con el voto que represente no menos de tres quintos de los miembros del Congreso, en concordancia con lo establecido en el artículo 31-A del mencionado Reglamento.
6. Por ende, se aprecia que la exoneración de segunda votación de la ley cuestionada se realizó de conformidad con lo establecido en el Reglamento

^{1[1]} Artículo 31°-A del Reglamento del Congreso: La Junta de Portavoces está compuesta por la Mesa Directiva y por un Portavoz de cada Grupo Parlamentario, quien tiene un voto proporcional al número de miembros que componen su bancada. Le corresponde: (...)

4. Las demás atribuciones que le señale el presente Reglamento.

del Congreso, toda vez que se contó con la exoneración expresa por acuerdo de la Junta de Portavoces con el voto de más de tres quintos de los miembros del Congreso.

7. Además, resulta pertinente establecer que resulta legítimo que la Junta de Portavoces pueda exonerar del trámite de “segunda votación”, con el objeto de agilizar el procedimiento legislativo, pues constituye el órgano de representación de los Grupos Parlamentarios, es decir, expresa la voluntad general de los parlamentarios integrantes de dichos grupos, debiendo tenerse presente que, además, se exige una votación de mayoría calificada que represente no menos de los tres quintos de los miembros del Congreso de la República.
8. Sobre el particular, este Tribunal Constitucional ya ha considerado constitucional la exoneración del trámite de segunda votación por acuerdo de la Junta de Portavoces en el procedimiento legislativo para la aprobación de un proyecto de ley, al establecer que:

“El proceso legislativo de la Ley 28374

El proyecto de ley 11733, Ley que regula la distribución de los recursos en el caso de la adjudicación directa de predios en el ámbito de desarrollo de proyectos de interés nacional, se transformó en la ley materia de inconstitucionalidad gracias a la votación de ochenta y siete de los noventa y dos congresistas presentes en la Sesión del 28 de octubre del 2004, a horas 01:01:14 p.m.

De otro lado, en la Junta de Portavoces realizada el 2 de noviembre del mismo año,

‘se acordó, por unanimidad, la exoneración del trámite de doble votación a que se refiere el artículo 73º del Reglamento del Congreso’.

Entonces, más allá de la forma correcta en que se aprobó la ley materia de la inconstitucionalidad, el tema que se encuentra regulando, al tratarse de un ámbito constitucional, requiere obligatoriamente una ley orgánica tal como ha venido a suceder. (...)”^{2[2]}.

9. De igual manera, se debe tener presente que el trámite de segunda votación para la aprobación de los proyectos de ley establecido en el Reglamento del Congreso, constituye una opción legislativa y no un requisito constitucional, es decir, se trata de una disposición contenida en una norma con rango de ley^{3[3]}, mas no de un requisito contenido en el procedimiento legislativo previsto en la Constitución para su aprobación, dado que la Carta Magna no establece la segunda votación como requisito para la aprobación de una ley. Asimismo, de lo expuesto en los fundamentos anteriores se observa que la formación de la ley cuestionada no contraviene el Reglamento del Congreso.

^{2[2]} Cfr. STC N.º 0002-2005-AI/TC, Fundamento N.º 98

^{3[3]} Artículo 94º de la Constitución: El Congreso elabora y aprueba su Reglamento, que tiene fuerza de ley (...).

10. Es por ello que los argumentos del demandante carecen de fundamento, puesto que la exoneración de segunda votación se realizó en estricto cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 73° del Reglamento del Congreso de la República, por lo que no transgrede ninguna norma constitucional.
11. En consecuencia la demanda debe ser desestimada respecto a este extremo, por cuanto se siguió el procedimiento preestablecido tanto en el Reglamento del Congreso como en la Norma Fundamental para la promulgación de las leyes.

2. Análisis de constitucionalidad del artículo 3° de la Ley N.º 29062

12. El demandante manifiesta que el artículo 3° de la Ley N.º 29062 resulta inconstitucional por cuanto le confiere a la educación como un servicio público esencial, atentando contra el ejercicio del derecho a la huelga de los profesores.

2.1 Protección constitucional del derecho de huelga

13. El derecho a la huelga se encuentra previsto en el inciso 3) del artículo 28° de la Constitución, que dispone que “El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático. (...) 3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones”.
14. Sobre el particular, ha dicho este Tribunal que la huelga es un derecho que

“consiste en la suspensión colectiva de la actividad laboral, la misma que debe ser previamente acordada por la mayoría de los trabajadores y debe efectuarse en forma voluntaria y pacífica –sin violencia sobre las personas o bienes– y con abandono del centro de trabajo”^{4[4]}.
15. Se trata, en resumidas cuentas, del derecho que tienen los trabajadores para suspender sus labores como un mecanismo destinado a obtener algún tipo de mejora en ellas, y que se ejerce cuando se ha agotado previamente la negociación directa con el empleador.
16. En efecto, mediante el ejercicio del derecho a la huelga los trabajadores se encuentran facultados para desligarse de manera temporal de sus obligaciones jurídico-contractuales, a efectos de lograr la obtención de algún tipo de mejora por parte de sus empleadores, en relación a ciertas condiciones socioeconómicas o laborales. La huelga no tiene una finalidad

^{4[4]} Cfr. STC N.º 0008-2005-PI/TC, Fundamento N.º 40.

en sí misma, sino que es un medio para la realización de determinados fines ligados a las expectativas e intereses de los trabajadores.

17. Sin embargo, el derecho de huelga, como todos los derechos, no puede ser considerado como un derecho absoluto, sino que puede ser limitado por la legislación vigente, razón por la cual resulta admisible que mediante una ley el Estado module su ejercicio, dado que “la huelga no es un derecho absoluto, sino regulable. Por ende, debe efectivizarse en armonía con los demás derechos”^{5[5]}.
18. En ese sentido el derecho de huelga supone que su ejercicio es condicionado, en tanto no debe colisionar con los intereses de la colectividad que pudiesen verse afectados ante un eventual abuso de su ejercicio, lo que en buena cuenta significa que el derecho de huelga debe ejercerse en armonía con el interés público y con los demás derechos.
19. Así, en el presente caso, y a criterio del demandante, se configuraría una colisión entre el derecho de huelga de los trabajadores, supuestamente vulnerado por la ley cuestionada, y el derecho a la educación básica de millones de escolares, entre niños y adolescentes, que verían paralizados sus estudios por períodos indeterminados en caso de realizarse una de las innumerables huelgas de profesores a nivel nacional.

2.2 La educación como derecho fundamental y como servicio público

20. El derecho a la educación se encuentra garantizado por diversos artículos de nuestra Carta Magna. Las principales manifestaciones del derecho a la educación que emanan del propio texto constitucional son las siguientes: a) el acceder a una educación; b) la permanencia y el respeto a la dignidad del escolar; y, c) la calidad de la educación.
21. Sobre el particular y, como también ya ha sido establecido por este Tribunal,

“(…) en un Estado Social y Democrático de Derecho el derecho a la educación adquiere un carácter significativo. Así, del texto constitucional se desprende una preocupación sobre la calidad de la educación, la cual se manifiesta en la obligación que tiene el Estado de supervisarla (segundo párrafo del artículo 16º de la Constitución). “También se pone de manifiesto al guardar un especial cuidado respecto al magisterio, a quienes la sociedad y el Estado evalúan y, a su vez, le brindan capacitación, profesionalización y promoción permanente (Art. 15º, primer párrafo, de la Constitución). Asimismo, se incide firmemente en la obligación de brindar una educación ‘ética y cívica’, siendo imperativa la

^{5[5]} Cfr. STC N° 0008-2005-PI/TC, Fundamento N° 41.

enseñanza de la Constitución y los derechos fundamentales (art. 14, tercer párrafo)”^{6[6]}. (subrayado agregado).

22. Pero además, la educación posee un carácter binario, pues no sólo constituye un derecho fundamental, sino también un servicio público. Así lo ha señalado este Tribunal al establecer que,

“la educación se configura también como un servicio público, en la medida que se trata de una prestación pública que explicita una de las funciones-fines del Estado, de ejecución per se o por terceros bajo fiscalización estatal. Por ende, el Estado tiene la obligación de garantizar la continuidad de los servicios educativos (...)”^{7[7]} (subrayado agregado).

23. De igual manera, y ya en el plano legal, la Ley General de Educación N.º 28044 establece en su artículo 4º que “La educación es un servicio público; cuando lo provee el Estado es gratuita en todos sus niveles y modalidades, de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política y en la presente ley. En la educación inicial y primaria se complementa obligatoriamente con programas de alimentación, salud y entrega de materiales educativos”.

2.3 Contenido esencial del derecho de huelga

24. En consecuencia, corresponde verificar si el artículo 3º de la Ley N.º 29062 vulnera el contenido esencial del derecho de huelga, consagrado en el artículo 28º, inciso 3), de la Constitución: “El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: (...) 3) Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones”.

25. De un análisis previo de los derechos colectivos de los trabajadores según la Ley Fundamental se derivan principios constitucionales para la delimitación del contenido esencial del derecho de huelga. En tal sentido, siguiendo lo establecido mediante STC N.º 0008-2005-PI (fundamento 41), considera este Colegiado emitir pronunciamiento a fin de establecer que son garantías o facultades del contenido esencial del derecho de huelga las siguientes:

- (i) Ejercitar o no ejercitar el derecho de huelga.
- (ii) Convocar dentro del marco de la Constitución y la ley. En ese contexto, también cabe ejercitar el atributo de su posterior desconvocatoria.

^{6[6]} Cfr. STC N.º 04646-2007-PA/TC.

^{7[7]} Cfr. STC N.º 4232-2004-AA/TC.

- (iii) Establecer el petitorio de reivindicaciones; las cuales deben tener por objetivo la defensa de los derechos e intereses socio-económicos o profesionales de los trabajadores involucrados en la huelga.
- (iv) Adoptar las medidas necesarias para su desarrollo, dentro del marco previsto en la Constitución y la ley.
- (v) Determinar la modalidad de huelga; esto es, si se lleva a cabo a plazo determinado o indeterminado.

2.4 Límites al derecho de huelga

26. Por su parte, la Constitución peruana reconoce límites al ejercicio del derecho de huelga [artículo 28º, inciso 3), de la Constitución], en la medida que en principio no existen derechos fundamentales absolutos, debiendo protegerse o preservarse no sólo otros derechos fundamentales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos.

27. Derivado de ello, *por razón de la persona*, se encuentran excluidos del goce de libertad sindical y del derecho de huelga, los siguientes:

- a) Los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección (artículo 42º de la Constitución).
- b) Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional (artículo 42º de la Constitución).
- c) Los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público (artículo 153º de la Constitución).

28. Por otro lado, también a nivel legislativo se establecen límites al ejercicio del derecho de huelga, *por razón de la naturaleza del servicio*. Así, el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, Decreto Supremo Nº 010-2003-TR, prevé que

Artículo 82º.- Cuando la huelga afecte los servicios públicos esenciales o se requiera garantizar el cumplimiento de actividades indispensables, los trabajadores en conflicto **deben garantizar la permanencia del personal necesario para impedir su interrupción total y asegurar la continuidad de los servicios y actividades que así lo exijan. (énfasis nuestro)**

En la determinación legal de los servicios públicos esenciales, la misma norma determina un listado (artículo 83º), a saber: a) Los sanitarios y de salubridad; b) Los de limpieza y saneamiento; c) Los de electricidad, agua y desagüe, gas y combustible; d) Los de sepelio, y los de inhumaciones y necropsias; e) Los de establecimientos penales; f) Los de comunicaciones y telecomunicaciones; g) Los de transporte; h) Los de naturaleza estratégica o

que se vinculen con la defensa o seguridad nacional; i) Los de administración de justicia por declaración de la Corte Suprema de Justicia de la República; y, j) Otros que sean determinados por Ley.

29. A partir de la habilitación legal prevista en el último inciso de la norma bajo comentario, es que el artículo 1º de la Ley N.º 28988 dispone de manera expresa que

Artículo 1.- La educación como servicio público esencial

Constitúyese la Educación Básica Regular como un servicio público esencial, a fin de garantizar el pleno ejercicio del derecho fundamental de la persona a la educación, derecho reconocido en la Constitución Política del Perú, en la Ley General de Educación y en los Pactos Internacionales suscritos por el Estado peruano. La administración dispondrá las acciones orientadas a asegurar los servicios correspondientes.

Así, el artículo 3º de la Ley N.º 29062 impugnada a través del presente proceso de inconstitucionalidad, se encuentra conforme a lo establecido por la Ley N.º 28988, que declara expresamente a la educación básica regular como servicio público esencial. Sin embargo, de ello no se deriva una situación que comprometa ilegítimamente el derecho de huelga, pues esta calificación como servicio público esencial no afecta los derechos constitucionales, ni los reconocidos por los Convenios y Tratados internacionales a los trabajadores.

30. De allí que, en lo que respecta al derecho de huelga debemos considerar que el Perú ha ratificado el *Convenio sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación de 1948* (Convenio OIT N.º 87) y el *Convenio sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva de 1949* (Convenio OIT N.º 98), los cuales forman parte del derecho nacional (artículo 55º de la Constitución), y constituyen cláusulas hermenéuticas conforme a los cuales deben ser interpretados los derechos y libertades que la Constitución reconoce (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución).
31. En consecuencia, a partir de la interpretación dada a lo dispuesto en los referidos convenios por el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, la misma que reviste el carácter de *soft law* para el derecho interno; en materia de la relación entre el derecho de huelga y los servicios públicos esenciales, se ha configurado que

el establecimiento de servicios mínimos en el caso de huelga sólo debería poder ser posible en: 1) aquellos servicios cuya interrupción pueda poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población (servicios esenciales en el sentido estricto del término); 2) en aquellos servicios

no esenciales en el sentido estricto del término en los que huelgas de una cierta extensión y duración podrían provocar una situación de crisis nacional aguda tal que las condiciones normales de existencia de la población podrían estar en peligro, y 3) en servicios públicos de importancia trascendentales^{8[8]}.

2.5 El ejercicio del derecho de huelga y la Carrera Pública Magisterial

32. Estos límites propios al derecho de huelga, en el caso de los profesores a servicio del Estado (artículo 1º de la Ley N.º 29062), requiere especial referencia a las posibles situaciones de colisión que podrían presentarse respecto al derecho a la educación, cuya protección ha buscado tutelar el legislador. Con estos elementos, se esboza una interpretación acorde con la protección debida al derecho fundamental a la huelga, como una realidad no contradictoria y coherente con los otros bienes constitucionales consagrados en la Constitución, y para una plena realización de la persona humana y su dignidad (artículo 1º de la Constitución).

33. Al respecto, podríamos derivar como límites específicos al derecho de huelga para los profesores que integran la Carrera Pública Magisterial, los siguientes:

(i) Garantizar el contenido esencial del derecho de educación, conforme lo ha establecido este Tribunal mediante STC N.º 0091-2005-PA (fundamento 6), a partir de lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, creado en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que entró en vigor el 3 de enero de 1976, y que fue ratificado por el Perú el 28 de abril de 1978, la educación, en todas sus formas y en todos los niveles, debe tener las siguientes cuatro características interrelacionadas y fundamentales: disponibilidad, accesibilidad (no discriminación, accesibilidad material, accesibilidad económica), aceptabilidad, adaptabilidad^{9[9]}.

(ii) El ejercicio del derecho a la huelga por parte de los profesores no podría conllevar la cesación total de las actividades vinculadas al servicio público esencial de la educación, más aún considerando que, tal como hemos mencionado previamente, constituye una obligación del Estado el garantizar la continuidad de los servicios educativos.

(iii) En caso de huelga de larga duración se podría requerir el establecimiento de servicios mínimos en consulta plena con los

^{8[8]} Recopilación de decisiones y principios sobre la Libertad Sindical del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT Párrafo 606.

^{9[9]} Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General *E/C.12/1999/10* de fecha 8 de diciembre de 1999.

interlocutores sociales^{10[10]}, al igual que ocurre en aquellos servicios cuya interrupción pueda poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población.

(iv) La huelga debe ejercerse en armonía con el orden público constitucional, que hace referencia a las medidas dirigidas a proteger aquello que beneficia a la colectividad en su conjunto [STC N.º 0008-2005-PI (fundamento 42)].

34. Por todo ello, cabe concluir que el artículo 3.º de la Ley N.º 29062 al disponer que los profesores prestan un servicio público esencial, no se afecta el contenido esencial del derecho de huelga, tal como ha sido establecido *supra*, debiendo determinarse las concretas lesiones casuísticamente con criterios de razonabilidad y proporcionalidad^{11[11]}, pudiendo recurrirse, en dichos supuestos a la protección ordinaria, y subsidiariamente al amparo constitucional, y del cual este Colegiado es el garante en última instancia. De esta forma, el Tribunal valida la constitucionalidad del artículo 3.º de la Ley N.º 29062, siempre que su ejercicio se produzca en los términos planteados.

3. Análisis de constitucionalidad del inciso d) del artículo 11º de la Ley N.º 29062

35. El demandante alega que el inciso d) del artículo 11º de la ley cuestionada vulnera el principio a la presunción de inocencia al establecer como uno de los requisitos para postular a la Carrera Pública Magisterial el no estar incurso en proceso penal por delito doloso.

3.1 El principio de presunción de inocencia y su protección constitucional

36. El derecho a la presunción de inocencia, como derecho constitucional, se encuentra reconocido en el ordinal “e”, inciso 24 del artículo 2º de la Carta Magna, que dispone que: “Toda persona tiene derecho: (...) 24. A la libertad y a la seguridad personal. En consecuencia: (...) e). Toda persona es

^{10[10]} Recopilación de decisiones y principios sobre la Libertad Sindical del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Párrafo 625. Véase el 330.º Informe, caso N.º 2173, Queja contra el Gobierno de Canadá relativa a la provincia de Columbia Británica presentada por el Congreso del Trabajo de Canadá (CLC), el Sindicato de Enfermeras de Columbia Británica (BCNU), la Federación de Docentes de Canadá (FDC), la Federación de Docentes de Columbia Británica (BCTF), el Sindicato Canadiense de Trabajadores del Sector Público (CUPE), Sección Columbia Británica, la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL) y la Internacional de la Educación (EI); párrafo 297.

^{11[11]} STC N.º 00019-2005-AI (fundamentos 43 al 50), STC N.º 06089-2006-PA (fundamento 46), STC N.º 0050-2004-AI/TC (fundamento 109), STC N.º 0045-2004-AI (fundamentos 33 al 41), STC N.º 0024-2005-AI (fundamentos 29 al 32).

considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”.

37. Así, “(...) el constituyente ha reconocido la *presunción de inocencia* como un derecho fundamental. El fundamento del derecho a la presunción de inocencia se halla tanto en el principio-derecho de dignidad humana (“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, artículo 1º de la Constitución), así como en el principio *pro hómine*”^{12[12]}.
38. De igual manera, el derecho a la presunción de inocencia se encuentra amparado en el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, estando previsto en el artículo 11.1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos al establecer que “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa (...)”. Del mismo modo, también se encuentra protegido por el artículo 14.2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por el artículo 8.2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
39. En ese sentido, y como ha quedado establecido por este Colegiado, “por esta presunción *iuris tantum*, a todo procesado se le considera inocente mientras no se pruebe su culpabilidad; vale decir, hasta que no se exhiba prueba en contrario. Rige desde el momento en que se imputa a alguien la comisión de un delito, quedando el acusado en condición de sospechoso durante toda la tramitación del proceso, hasta que se expida sentencia definitiva”^{13[13]}. Por tanto, al constituir una presunción *iuris tantum*, la presunción de inocencia puede ser desvirtuada o destruida mediante una mínima actividad probatoria.
40. Sin embargo, el derecho a la presunción de inocencia, como todos los derechos, no puede ser considerado como absoluto, sino que tiene un carácter relativo. Así lo ha determinado este Tribunal al establecer que tal derecho

“(...) no es un derecho absoluto sino relativo. De ahí que, en nuestro ordenamiento, se admitan determinadas medidas cautelares personales – como la detención preventiva o detención provisional-, sin que ello signifique su afectación; siempre, claro está, que tales medidas sean dictadas bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad”^{14[14]}.

^{12[12]} Cfr. STC N.º 10107-2005-HC/TC, Fundamento N.º 3.

^{13[13]} Cfr. STC N.º 0618-2005-HC/TC, Fundamento N.º 21.

^{14[14]} Cfr. STC N.º 9943-2005-PHC/TC, Fundamento N.º 3

41. Por tanto, las medidas restrictivas del derecho a la presunción de inocencia quedan justificadas si resultan razonables y proporcionales al fin que se busca lograr o proteger. En esa línea, en el presente caso corresponde verificar si la medida de no permitir el ingreso a la Carrera Pública Magisterial a aquellas personas que se encuentran incurso en proceso penal por delito doloso se encuentra justificada.

3.2 Requisitos para el acceso a la función pública

42. El Tribunal Constitucional encuentra que el cuestionado requisito para postular a la Carrera Pública Magisterial, de no estar incurso en proceso penal por delito doloso, guarda directa vinculación con el derecho de acceso a la función pública y, en ese sentido, será en conjunción con él que se analizará su constitucionalidad.
43. El derecho de acceso a la función pública consiste en la facultad de las personas para acceder o intervenir en la gestión de la cosa pública, es decir, en el ejercicio de una función pública. Este Tribunal Constitucional ya ha establecido que “(...) los contenidos de este derecho son los siguientes: a) Acceder o ingresar a la función pública, b) Ejercerla plenamente, c) Ascender en la función pública; y, d) Condiciones iguales de acceso”^{15[15]}.
44. Así, “el concepto de ‘función pública’ en este derecho comprende dos tipos de función que suele distinguirse: la función pública representativa y la función pública no representativa. La función pública representativa está formada por funciones de representación política y la no representativa alude a la función pública profesionalizada”^{16[16]}.
45. En el presente caso se aprecia que la labor que desempeñan los profesores se encuentra comprendida dentro de la función pública no representativa, pues se trata de profesionales que cuentan con título a nombre de la nación, tanto es así que la propia ley cuestionada les reconoce dicha calidad al establecer, en su artículo 3º, que “El profesor es un profesional de la educación, con título de profesor o licenciado en educación, con calificaciones y competencias debidamente certificadas (...)”.
46. Así también se encuentra establecido en la Constitución, cuyo artículo 15º dispone que el profesorado en la enseñanza oficial es carrera pública. Lo que es lo mismo, reconoce al profesorado la calidad de función pública, por lo que su acceso debe encontrarse garantizado.
47. No obstante, el contenido del derecho de acceso a la función pública no comprende el ingreso, sin más, al ejercicio de la función pública, puesto que

^{15[15]} Cfr. STC N° 00025-2005-PI/TC y N° 00026-2005-PI/TC.

^{16[16]} Cfr. STC N° 00025-2005-PI/TC y N° 00026-2005-PI/TC.

si bien se garantiza la participación de los ciudadanos en la función pública, ésta debe desarrollarse de conformidad con los requisitos que el legislador ha establecido, y cuya validez está condicionada a su constitucionalidad.

48. De esta manera el legislador se encuentra facultado para establecer los requisitos que considere convenientes para el acceso al ejercicio de una función pública, siempre y cuando no contravengan lo dispuesto en el Texto Constitucional.
49. En el presente caso el legislador ha establecido como requisito para el acceso a la carrera pública magisterial que el postulante no se encuentre incurso en proceso penal por delito doloso, lo cual, supuestamente, vulneraría el derecho a la presunción de inocencia.
50. Sin embargo se aprecia que el hecho de establecer un requisito de tal naturaleza para acceder a la carrera pública magisterial no vulnera, *per se*, el derecho a la presunción de inocencia, por cuanto éste es un derecho relativo que admite ciertas restricciones en su ejercicio, siempre que éstas sean razonables y proporcionales.
51. Este Colegiado, aprecia que el referido requisito resulta razonable respecto al fin constitucionalmente válido que se pretende lograr, esto es, la eficiencia plena en la prestación del servicio público esencial y en especial de la educación, así como garantizar la plena vigencia del derecho a la educación que constituye uno de los deberes primordiales del Estado, pues la restricción a la presunción de inocencia se justifica debido a la importancia que tiene la educación, la cual tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana^{17[17]} y prepararla para la vida y el trabajo, además que la mayoría de los educandos son niños y adolescentes, a quienes el Estado debe proteger, tal como lo señala el artículo 4º de la Norma Fundamental.
52. Por otro lado el cuestionado requisito también resulta proporcional, pues constituye una medida idónea para lograr el fin que se pretende, esto es, impedir el ingreso a la carrera pública magisterial a quien se encuentre incurso en un proceso penal por delito doloso, con el objeto de asegurar que el servicio público docente se encuentre compuesto por profesores con una conducta idónea, más aún cuando se trata de brindar el servicio público especial y esencial de educación, para así garantizar la plena vigencia del derecho a la educación de los estudiantes.
53. De igual manera, cabe señalar que el cuestionado requisito no impide totalmente el acceso a la carrera pública magisterial, sino que únicamente se trata de un impedimento provisional, esto es, que sólo tendrá efectos hasta

^{17[17]} Artículo 13º de la Constitución Política: La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana (...).

que se dicte sentencia en el respectivo proceso penal. Por tanto, si el profesor obtiene una sentencia absolutoria, no existirá impedimento alguno para que participe en cualquier concurso público.

54. Asimismo el referido requisito no vulnera el derecho a la presunción de inocencia por cuanto no se está adelantando opinión respecto a la culpabilidad del imputado en el ilícito materia del proceso penal, sino que se trata de una restricción temporal y provisional del acceso a la carrera pública magisterial, hasta que se dicte sentencia en el proceso penal en el que se encuentre incurso el postulante.
55. En consecuencia, a juicio del Tribunal Constitucional, el cuestionado requisito de no permitir el acceso a la carrera pública magisterial a aquellos docentes que se encuentren incurso en un proceso penal por delito doloso no vulnera el derecho fundamental a la presunción de inocencia, razón por la que la demanda también debe ser desestimada en este extremo.

4. Análisis de constitucionalidad de los artículos 12º, 17º, 40º y 41º de la Ley N.º 29062

56. El demandante alega que los artículos 12º, 17º, 40º y 41º de la cuestionada ley resultan inconstitucionales porque contravienen lo establecido en el artículo 16º de la Constitución respecto al Estado y la Política Educativa – conforme al cual, tanto el sistema como el régimen educativo son descentralizados– así como los artículos 197º y 198º de la Carta Magna que consagran la autonomía de las Regiones, contraviniendo además la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales y la Ley Orgánica de Bases de la Descentralización.
57. Los cuestionados artículos establecen que el Ministerio de Educación es el ente encargado de planificar y conducir el proceso de ingreso a la Carrera Magisterial, así como de convocar a concurso público para cubrir las plazas de Director y Subdirector de las instituciones educativas; igualmente, se encarga de normar las actividades del Programa de Formación y Capacitación Permanente de Docentes, así como normar y organizar el Programa de Formación y Capacitación de Directores y Subdirectores.
58. Al respecto conviene precisar que cuando el artículo 16º de la Carta Magna dispone que “Tanto el sistema como el régimen educativo son descentralizados (...)”, ello no quiere decir que cada región tiene autonomía para desarrollar su propia política educativa, sino que la educación y los centros educativos deben descentralizarse, esto es, deben ser accesibles para todos, para que de esta manera todos los niños y adolescentes de las distintas regiones del país tengan la posibilidad de acceder a una institución educativa y educarse. De ahí que el mismo artículo señale en su tercer párrafo que “(...) es deber del Estado asegurar

que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas (...).”

59. En el mismo sentido, el tercer párrafo del artículo 17º de la Constitución señala que el Estado tiene el deber de promover la creación de centros educativos donde la población los requiera. Lo que es lo mismo, el Estado tiene como una de sus funciones principales ejercer un rol garante de la educación nacional, garantizando oportunidades de acceso y permanencia en el sistema educativo que favorezcan el aprendizaje.
60. Por otro lado, si bien el Estado tiene el deber de garantizar que la educación sea descentralizada, conforme al artículo 16º de la Constitución, el segundo párrafo del mismo artículo dispone, además, que el Estado es el encargado de coordinar la política educativa así como formular los lineamientos generales de los planes de estudios y requisitos mínimos de la organización de los centros educativos, esto es, diseñar las políticas nacionales y sectoriales referentes a la educación, las cuales son de obligatorio cumplimiento para todos los niveles de gobierno.
61. Si conforme al artículo 16º de la Constitución, el Estado es el encargado de coordinar la política educativa así como formular los lineamientos generales de los planes de estudios y requisitos mínimos de la organización de los centros educativos, es evidente que ejerce dichas atribuciones constitucionales a través del Ministerio de Educación, quien se encarga de formular, planear, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar la política nacional y sectorial bajo su competencia, aplicable a todos los niveles de gobierno. Así lo ha establecido este Tribunal al señalar que,

“al Gobierno Nacional, mediante el Ministerio de Educación, le corresponde fijar las políticas sectoriales en materia de personal (incluido el personal docente), así como implementar la carrera pública magisterial”^{18[18]}.
62. Por tanto, la labor que desarrolla el Ministerio de Educación relacionada con la conducción y desarrollo de la evaluación de los docentes para el ingreso a la carrera magisterial, así como su respectiva capacitación, no contraviene el artículo 16º de la Carta Magna. Por el contrario, es precisamente el referido dispositivo el que faculta al Estado, a través del Ministerio correspondiente, a coordinar la política educativa aplicable a la nación, así como supervisar el cumplimiento y la calidad de la educación.
63. No obstante el Tribunal Constitucional ha señalado que el nombramiento de profesores para la prestación del servicio público de educación es una competencia compartida entre el gobierno nacional y los gobiernos regionales, precisando que “una revisión del marco legal en materia de

^{18[18]} Cfr. STC N.º 047-2004-AI/TC, Fundamento N.º 148.

reparto competencial entre gobierno nacional y gobiernos regionales en materia de nombramiento de profesores de colegios estatales, demuestra que la gestión de los servicios educativos, entre los cuales se encuentra la provisión de profesores para la prestación del servicio público de educación, es una competencia compartida que debe realizarse en forma coordinada entre el gobierno nacional y los gobiernos regionales(...) De esta forma, entonces, el nombramiento de profesores en los colegios estatales está sujeto a un procedimiento, por llamarlo así ‘a cascadas’, en el que cada uno de sus gestores –desde el Ministerio de Educación, pasando por el Gobierno Regional y culminando en la Unidad de Gestión Educativa Local– tienen participación y tareas específicas, que deben ejecutar en forma coordinada”^{19[19]} (subrayado agregado).

64. En ese sentido, si bien los Gobiernos Regionales gozan de autonomía en el ejercicio de sus competencias y, conforme al inciso 7) del artículo 192º de la Constitución tienen facultad para promover y regular actividades y/o servicios en materia de educación, dicha competencia debe ser ejercida “en concordancia con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo. De ahí que las competencias previstas en el artículo 192º no pueden llevar a obstaculizar o poner en una situación de detrimento (...) las competencias del Gobierno Nacional”^{20[20]}.
65. Por ello, respecto al ejercicio de las competencias de los Gobiernos Regionales, este Colegiado ha establecido que “La Constitución garantiza a los gobiernos locales una autonomía plena para aquellas competencias que se encuentran directamente relacionadas con la satisfacción de los intereses locales. Pero no podrá ser de igual magnitud respecto al ejercicio de aquellas atribuciones competenciales que los excedan, como los intereses supralocales, donde esa autonomía tiene que necesariamente graduarse en intensidad, debido a que en ocasiones de esas competencias también participan otros órganos estatales”^{21[21]}.
66. Por tanto, si bien los gobiernos regionales gozan de autonomía, deben de ejercerla sin contravenir las competencias que le han sido otorgadas al Estado y, en el presente caso, al Ministerio de Educación, teniendo en cuenta que la educación es una materia de interés supralocal y que las competencias atribuidas al Ministerio de Educación tienen por finalidad asegurar la unidad de criterio en el contenido y forma de la prueba de evaluación, así como asegurar la eficiencia en el proceso de implementación de la Carrera Pública Magisterial y la adecuada provisión del servicio educativo.

^{19[19]} Cfr. STC N° 047-2004-AI/TC, Fundamentos N° 147-149.

^{20[20]} Cfr. STC N° 0031-2005-PI/TC, Fundamento N° 26.

^{21[21]} Cfr. STC N° 0007-2002-AI/TC, Fundamento N° 9.

67. Asimismo cabe señalar que si bien tanto el artículo 13° de la Ley de Bases de la Descentralización como el artículo 10° de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales establecen que la educación es una competencia compartida en la que pueden intervenir dos o más niveles de gobierno, ello se refiere únicamente a la gestión de los servicios educativos de nivel inicial, primaria, secundaria y superior no universitaria, y no para materias que son de exclusiva competencia del Gobierno Central, a través del Ministerio de Educación.
68. Finalmente, respecto a este extremo de la demanda, en el que el recurrente alega la contravención de los artículos 197° y 198° de la Constitución, se aprecia que estos dispositivos no guardan relación alguna con la autonomía regional, sino más bien se encuentran referidos a la participación vecinal y ciudadana y a la capital de la República, por lo que la demanda también debe ser desestimada respecto a este extremo.

5. Análisis de constitucionalidad de los artículos 51°, 53° y 54° de la Ley N.° 29062

69. El demandante manifiesta que los artículos 51°, 53° y 54° de la ley cuestionada resultan inconstitucionales porque desconocen y disminuyen derechos adquiridos respecto a las asignaciones, subsidios y compensación por tiempo de servicio otorgadas a los profesores.
70. Al respecto el demandante considera vulneratorios dichos artículos porque reducen el monto que se otorga a los profesores por concepto de asignaciones, subsidios y compensación por tiempo de servicios, desconociendo así lo dispuesto en la Ley del Profesorado - Ley N.° 24029.
71. En primer lugar es necesario enfatizar que el demandante parte de la proposición errónea de considerar que nuestro ordenamiento jurídico se rige bajo la teoría de los derechos adquiridos, cuando nuestra propia Carta Magna en su artículo 103° dispone que “(...) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo (...)”.
72. En ese sentido, este Tribunal ha pronunciado en reiterada jurisprudencia que nuestro ordenamiento jurídico se rige por la teoría de los hechos cumplidos, estableciendo que “(...) nuestro ordenamiento adopta la teoría de los hechos cumplidos (excepto en materia penal cuando favorece al reo), de modo que la norma se aplica a las consecuencias y situaciones jurídicas existentes’ (STC 0606-2004-AA/TC, FJ 2). Por tanto, para aplicar una norma (...) en el tiempo debe considerarse la teoría de los hechos cumplidos y,

consecuentemente, el principio de aplicación inmediata de las normas”^{22[22]} (subrayado agregado).

73. Se colige de ello que toda norma jurídica desde su entrada en vigencia es de aplicación a las situaciones jurídicas existentes, y que la teoría de los derechos adquiridos tiene una aplicación excepcional y restringida en nuestro ordenamiento jurídico, pues únicamente se utiliza para los casos que de manera expresa señala la Constitución, tal como ya lo ha establecido el Tribunal Constitucional cuando determinó que “(...) la aplicación ultractiva o retroactiva de una norma sólo es posible si el ordenamiento lo reconoce expresamente -a un grupo determinado de personas- que mantendrán los derechos nacidos al amparo de la ley anterior porque así lo dispuso el Constituyente -permitiendo que la norma bajo la cual nació el derecho surta efectos, aunque en el trayecto la norma sea derogada o sustituida-; no significando, en modo alguno, que se desconozca que por mandato constitucional las leyes son obligatorias desde el día siguiente de su publicación en el Diario oficial (...)”^{23[23]} (subrayado agregado).
74. Por ende, sólo es de aplicación la teoría de los derechos adquiridos a los casos expresamente señalados en la Constitución. En nuestra Carta Magna no se encuentra disposición alguna que ordene la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos a los casos referidos a la sucesión normativa en materia laboral, por lo que no existe sustento constitucional alguno que ampare lo alegado por el demandante respecto a la supuesta vulneración de sus derechos adquiridos, resultando inconsistentes sus alegatos.
75. De igual manera cabe señalar que la Décima Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la ley cuestionada dispone derogar o dejar sin efecto todas aquellas disposiciones que se opongan a la aludida ley, de lo que se concluye que los artículos de la Ley del Profesorado - Ley N° 24029 relativos a las asignaciones, subsidios y compensaciones por tiempo de servicio, quedan automáticamente derogados con la entrada en vigencia de la Ley N.º 29062, conforme a lo dispuesto por el artículo 103º de la Constitución que señala que “la ley se deroga sólo por otra ley”.
76. Además resulta necesario señalar que la ley cuestionada no “desconoce derechos”, como lo ha manifestado el demandante, sino que únicamente establece una variación en el monto de las asignaciones, subsidios y compensaciones, lo cual no resulta contrario a las normas jurídicas ni a la Constitución.

^{22[22]} Cfr. STC N.º 0002-2006-PI/TC, Fundamento N° 12.

^{23[23]} Cfr. STC N.º 008-96-I/TC, Fundamento N° 17.

77. En consecuencia la demanda también debe ser desestimada respecto a este extremo, al no presentarse la supuesta vulneración de derechos alegada por el demandante.

6. Análisis de constitucionalidad del artículo 63° de la Ley N.º 29062

78. El demandante manifiesta que el artículo 63° de la cuestionada ley vulnera el derecho al trabajo y a percibir una remuneración equitativa y suficiente, así como los principios laborales, por cuanto se incrementa el número de horas de trabajo sin que ello suponga el incremento de la remuneración.
79. Al respecto el artículo mencionado incrementa la jornada pedagógica de 18 horas cronológicas a 30 horas cronológicas, lo que el demandante considera vulneratorio de sus derechos. Sin embargo, cabe señalar que el artículo 25° de la Constitución establece que “la jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo”.
80. De este simple cotejo se concluye que, la ley cuestionada no vulnera los derechos constitucionales de los profesores, pues el incremento de la jornada pedagógica a 30 horas cronológicas semanales es factible y acorde con lo establecido en el artículo 25° de la Carta Magna, ya que se encuentra dentro del margen de la jornada ordinaria de trabajo que es como máximo de 48 horas semanales.
81. Así, los alegatos del demandante carecen de sustento, pues el número de horas trabajadas por los profesores no rebasa el límite de lo permitido, siendo que para ello reciben una remuneración, sin que se vulnere, de modo alguno, su derecho al trabajo y a percibir, precisamente, una remuneración por ello.
82. En consecuencia, la demanda también debe ser desestimada respecto de este extremo.

7. Análisis de constitucionalidad de la Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N.º 29062

83. El demandante alega que la Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la ley cuestionada contraviene los derechos adquiridos, produciéndose un abuso del derecho al imponer la vigencia de los artículos 28° y 65° de la Ley N.º 29062 a los profesores que se encuentran bajo el régimen de la Ley N.º 24029, cuya vigencia fue prorrogada mediante la Ley N.º 25212.
84. Así, el demandante refiere que la cuestionada disposición transitoria desconoce derechos adquiridos, así como contraviene el artículo 103° de la Constitución en tanto no ampara el abuso del derecho, cuando se aplican los artículos 28° y 65° de la ley cuestionada a docentes que ingresaron y

desarrollaron su carrera profesional bajo otro marco legal, contraviniendo además el propio artículo 103º en la parte que dispone que: “(...) Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando favorece al reo (...)”, así como el derecho al trabajo, el deber de promoción del trabajo y los principios de la relación laboral.

7.1 Respecto al alegado abuso del derecho

85. En principio, en cuanto al supuesto abuso del derecho cabe precisar que el mandato constitucional de proscripción del abuso del derecho “(...) se configura en el campo del ejercicio de los derechos subjetivos, una de cuyas características es que [es] de aplicación ante el ejercicio de los derechos subjetivos, siendo más propio hablar del abuso en el ejercicio de los derechos, antes que del abuso del derecho”^{24[24]}.
86. El atributo del Congreso de la República de dictar leyes no puede ser considerado como el ejercicio de un derecho subjetivo, pues más bien se trata de una facultad constitucional consagrada en el inciso 1) del artículo 102º de la Constitución, conforme al cual, “Son atribuciones del Congreso: 1. Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes”. Se trata del ejercicio soberano de una función legislativa otorgada al Congreso, de carácter constitucional.
87. La expedición de leyes por parte del Poder Legislativo, por tanto, no puede implicar el ejercicio de un derecho sino el ejercicio de una función legislativa, por lo que no se le puede oponer la institución del abuso del derecho. Así lo ha establecido este Tribunal al señalar que “(...) Una de las atribuciones del Congreso es el dar leyes (artículo 102.1 de la Constitución), y en ese sentido, la función legislativa que ejerce se expresa en la producción de un derecho objetivo; así, tal atribución no puede ser calificada como derecho subjetivo (...) Al ejercicio soberano de la función legislativa, no se le puede oponer la institución del abuso del derecho, puesto que el Congreso no actúa ejerciendo un derecho subjetivo, sino cumpliendo una función legislativa que la Constitución le asigna”^{25[25]}.
88. En consecuencia, el argumento alegado por la parte demandante sobre que el Congreso ha incurrido en abuso del derecho al expedir la ley cuestionada carece de sustento jurídico, dado que no es oponible la institución del abuso del derecho al ejercicio de la función legislativa asignada por la Constitución.

7.2 Sobre la presunta vulneración de los derechos adquiridos

^{24[24]} Cfr. STC N.º 005-2002-AI/TC y acumulados, Fundamento N.º 6.

^{25[25]} Cfr. STC N.º 005-2002-AI/TC y acumulados, Fundamento N.º 6.

89. Por otro lado, respecto a la supuesta contravención de los derechos adquiridos, como ya se ha señalado con meridiana claridad *supra*, el Tribunal Constitucional ha establecido en reiteradas ocasiones que nuestro ordenamiento jurídico se rige por la teoría de los hechos cumplidos, consagrada en el artículo 103º de nuestra Carta Magna, por lo que una norma posterior puede modificar una norma anterior que regula un determinado régimen laboral. Así por ejemplo ha señalado que “(...) conforme a la reforma del artículo 103º de la Constitución, la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. En ese sentido, la Constitución consagra la tesis de los hechos cumplidos para la aplicación de las normas”^{26[26]}.
90. Así, el demandante parte de la premisa errónea de considerar que las Leyes N.ºs 24029 y 25212 no pueden ser modificadas ni derogadas, por lo que concluye equivocadamente que la aplicación inmediata de la ley cuestionada resulta una aplicación retroactiva. Sin embargo, como ha quedado dicho, el artículo 103º de la Constitución consagra la teoría de los hechos cumplidos por lo que la ley, desde su entrada en vigencia, es aplicable para todas las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. En el presente caso, la Ley N.º 29062 objeto de control, se limita a desplegar sus efectos desde la fecha en la que entró en vigencia hacia delante, lo cual resulta conforme con lo dispuesto en la Constitución.
91. Por tanto este Colegiado no comparte el argumento del demandante respecto a que la norma cuestionada tiene efectos retroactivos y vulnera los derechos adquiridos, dado que el Congreso, en ejercicio de su función legislativa prevista en el inciso 1) del artículo 102º de la Constitución, tiene la facultad de dar leyes así como modificar las existentes, por lo que resulta constitucionalmente válido que la Ley N.º 29062 modifique el régimen establecido en la Ley N.º 24029 y que, en virtud de la teoría de los hechos cumplidos consagrada en el artículo 103º de la Carta Magna, sus efectos se apliquen de manera inmediata a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.
92. En consecuencia resulta constitucional y legítimamente válida la aplicación de los artículos 28º y 65º de la ley cuestionada a los profesores que se encuentren comprendidos en la Ley N.º 24062, cuya vigencia fue prorrogada mediante la Ley N.º 25212, por lo que lo dispuesto en la Sexta Disposición Transitoria de la ley cuestionada resulta plenamente conforme a la Constitución, debiendo desestimarse la demanda respecto de este extremo.

^{26[26]} Cfr. STC N.º 01875-2006-PA/TC, Fundamento N.º 28.

8. Análisis de constitucionalidad de la Décima Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N.º 29062

93. El demandante alega que la Décima Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la ley cuestionada vulnera el principio de irrenunciabilidad de derechos en la relación laboral, por cuanto equipara la remuneración íntegra a la remuneración total permanente, desconociendo los derechos adquiridos por los profesores.

8.1 El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales

94. El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales se encuentra consagrado en el inciso 2) del artículo 26º de la Carta Magna, que dispone que “En la relación laboral se respetan los siguientes principios: (...) 2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley”. Así, supone la imposibilidad de que los trabajadores renuncien por propia decisión a los derechos laborales que la Constitución y la ley les reconocen.
95. Este principio “se fundamenta en el carácter protector del Derecho Laboral en la medida que presume la nulidad de todo acto del trabajador que disponga de un derecho reconocido en una norma imperativa”^{27[27]}. Del mismo modo, el principio de irrenunciabilidad de derechos es justamente el que prohíbe que los actos de disposición del trabajador, como titular de un derecho, recaigan sobre normas taxativas, y sanciona con la invalidez la transgresión de esta pauta basilar^{28[28]}.
96. En el mismo sentido se ha pronunciado este Colegiado en la STC N.º 008-2005-PI/TC, al establecer que “(...) para que sea posible la aplicación del artículo 26º de la Constitución, debe existir una relación laboral y que el trabajador no podrá renunciar, o disponer, cualquiera sea el motivo, de los derechos y libertades que la Constitución y leyes vigentes al momento de la relación laboral le reconocen”.
97. El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales tiene por objetivo proscribir que el trabajador renuncie a sus derechos laborales reconocidos por la Constitución y leyes vigentes en su propio perjuicio, en aras de resguardar sus intereses en la relación laboral, dado que al trabajador se le considera la “parte débil” de la relación laboral.
98. En el presente caso se advierte que el Congreso de la República, en el ejercicio de su función legislativa consagrada en el inciso 1) del artículo 102º de la Constitución, modifica normas en materia laboral, las cuales son de

^{27[27]} *La Constitución Comentada*, Tomo I. Lima: Ed. Gaceta Jurídica, 2005, p. 550

^{28[28]} NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al derecho laboral*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2003, p. 103.

aplicación inmediata a las situaciones jurídicas existentes, lo que resulta constitucionalmente válido, pues el Poder Legislativo actúa en ejercicio de su función atribuida por la Carta Magna.

99. Por tanto los profesores (trabajadores) no están disponiendo de ningún derecho vigente, sino que se trata de una sucesión normativa en materia laboral, por lo que no resulta aplicable el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales.

100. Al respecto este Colegiado ha señalado que “en efecto, dicho artículo constitucional [refiriéndose al artículo 26º inciso 2)] reconoce que en la relación laboral se respetará tal principio que consagra, con carácter general, no sólo el respeto de los derechos de carácter laboral, sino de otros derechos y libertades reconocidos por la Constitución y la ley. A su turno, el artículo 103º de la Constitución dispone que la ley se deroga por otra ley y que la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”^{29[29]}.

101. Así, las normas laborales no resultan inderogables ni inmodificables, pues el Poder Legislativo en ejercicio de su función constitucional puede modificarlas sin que ello suponga una vulneración de los derechos de los trabajadores. En ese sentido también se ha pronunciado la Corte Constitucional de Colombia, en criterio que este Tribunal comparte, al establecer que,

“la ley podrá siempre modificar, adicionar, interpretar o derogar la normatividad legal precedente, sin que sea admisible afirmar que en el ordenamiento jurídico existen estatutos legales pétreos o sustraídos al poder reformador o derogatorio del propio legislador. (...) [Por tanto] no se sigue que las normas legales de carácter laboral sean inmodificables”^{30[30]}.

102. Por consiguiente el hecho de que se produzca una sucesión normativa en materia laboral no puede ser considerado como una vulneración del principio de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, pues dicho principio tiene por finalidad evitar que el trabajador renuncie a sus derechos laborales reconocidos por la Constitución y la ley.

103. En consecuencia la demanda también debe ser desestimada en este extremo, al no presentarse la alegada vulneración del principio de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral.

9. Análisis de constitucionalidad del segundo párrafo del artículo 29º de la Ley N.º 29062

^{29[29]} Cfr. STC N.º 008-2005-PI/TC, Fundamento N.º 58.

^{30[30]} Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia recaída en el Expediente N.º C-529/94.

104. El demandante alega que el segundo párrafo del artículo 29° de la ley cuestionada vulnera los derechos adquiridos por los profesores mediante la Ley N.º 24029 al señalar que los profesores que no aprueben la evaluación por tercera vez, luego de haber sido capacitados, serán retirados de la carrera pública magisterial, lo que también contraviene los principios de la relación laboral y la protección contra el despido arbitrario, así como el derecho al trabajo y la dignidad del trabajador, amparados en nuestra Carta Magna.
105. Como ya se ha mencionado en los fundamentos anteriores respecto a la supuesta contravención de los derechos adquiridos, nuestro ordenamiento jurídico se rige por la teoría de los hechos cumplidos, consagrada en el artículo 103° de nuestra Carta Magna, por lo que la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal cuando favorece al reo. En ese sentido la Constitución consagra la tesis de los hechos cumplidos para la aplicación de las normas.
106. Por tanto carece de asidero el argumento del demandante respecto a que la norma cuestionada vulnera los derechos adquiridos de los profesores, puesto que el Congreso tiene la facultad de dictar normas así como modificar las existentes, sin que ello suponga una violación de los derechos de los trabajadores regulados por la norma anterior.
107. Por otro lado el demandante también alega que el cuestionado artículo vulnera sus derechos a la igualdad de oportunidades, al carácter irrenunciable de los derechos laborales, a la estabilidad laboral y al trabajo.
108. En ese sentido, el inciso a) del artículo 13° de la Ley del Profesorado – Ley N° 24029, modificado mediante Ley N° 25212, señala que los profesores al servicio del Estado tienen derecho a la estabilidad laboral en la plaza, nivel, cargo, lugar y centro de trabajo. De la misma manera, el artículo 27° de la Constitución garantiza a los trabajadores la estabilidad laboral y los protege contra el despido arbitrario al señalar que “la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.
109. La doctrina laboralista ha señalado que el derecho a la estabilidad laboral comprende dos aspectos: por un lado, la estabilidad laboral de entrada, referido a la preferencia por la contratación de duración indefinida sobre la temporal, reflejada en la autorización de celebrar contratos temporales únicamente cuando la labor a cumplir sea de tal naturaleza; y, por otro, la estabilidad laboral de salida, referida a la prohibición de despido arbitrario o injustificado.^{31[31]}

^{31[31]} *La Constitución Comentada*, Tomo I. Lima: Ed. Gaceta Jurídica, 2005, p. 560.

110. Sin embargo el derecho a la estabilidad laboral, como todos los derechos fundamentales, no puede ser considerado como un derecho absoluto, sino que puede ser limitado mediante una ley, siempre que no se vulnere su contenido esencial. Así, respecto a la protección constitucional del derecho a la estabilidad laboral, el Tribunal Constitucional ha determinado que “mediante dicho precepto constitucional no se consagra el derecho a la estabilidad laboral absoluta, es decir, el derecho ‘a no ser despedido arbitrariamente’. Sólo reconoce el derecho del trabajador a la ‘protección adecuada’ contra el despido arbitrario”^{32[32]}.
111. Por ende, el derecho a la estabilidad laboral no tiene carácter ilimitado, por lo que mediante ley se pueden establecer ciertas modulaciones a su ejercicio. En el presente caso la estabilidad laboral de los profesores se encuentra sujeta a que aprueben la evaluación de desempeño, lo cual resulta acorde con lo dispuesto en el artículo 15º de la Carta Magna que dispone que “(...) El Estado y la sociedad procuran su [del profesor] evaluación, capacitación, profesionalización y promoción permanentes”.
112. Al respecto cabe señalar que, como se ha dicho en párrafos anteriores, la educación constituye un servicio público esencial, por lo que en un Estado Social y Democrático de Derecho el derecho a la educación adquiere un carácter significativo. Del Texto Constitucional se desprende la trascendencia de la calidad de la educación, la cual se manifiesta en la obligación que tiene el Estado de supervisarla (segundo párrafo del artículo 16º de la Constitución).
113. De igual manera se pone de manifiesto el que se guarde un especial cuidado respecto los docentes, a quienes la sociedad y el Estado evalúan y, a su vez, le brindan capacitación, profesionalización y promoción permanente (art. 15º, primer párrafo, de la Constitución). Asimismo, se incide firmemente en la obligación de brindar una educación ‘ética y cívica’, siendo imperativa la enseñanza de la Constitución y los derechos fundamentales (art. 14, tercer párrafo)^{33[33]}.
114. Por tanto, debido a la importancia que tiene el servicio de educación en nuestra sociedad, es necesario que los profesores se encuentren sometidos a evaluación, en aras de garantizar la provisión y permanencia en el servicio de profesores idóneos y capacitados, para así resguardar la calidad de la educación que tiene por objetivo el pleno desarrollo de la personalidad humana, y que los educandos logren el desarrollo integral de sus habilidades y potencialidades.
115. Con ese objetivo el artículo 28º de la ley cuestionada estipula que cada tres años se realice una evaluación ordinaria de desempeño del profesor, la cual

^{32[32]} Cfr. STC N.º 0976-2001-AA/TC, Fundamento N.º 11.

^{33[33]} Cfr. STC N.º 04646-2007-PA/TC.

tiene el carácter de permanente, integral y obligatoria. Dicha evaluación no puede ser considerada inconstitucional pues garantiza la idoneidad de los profesores en el servicio educativo, es decir, garantiza el derecho de los estudiantes de recibir una educación de calidad.

116. Asimismo, el supuesto en que son retirados de la carrera pública magisterial los profesores que no aprueben la evaluación por tercera vez – luego de haber sido capacitados–, no puede ser considerado como vulneratorio del derecho a la estabilidad laboral, puesto que, como se ha mencionado anteriormente, este derecho no tiene la calidad de derecho absoluto.

117. Así, el derecho de permanecer en la carrera pública magisterial se mantiene mientras los profesores presenten capacidad e idoneidad para el cargo, es decir, mientras se encuentren capacitados para ejercer como docentes. De igual manera existe un límite temporal fijado en la ley, esto es, se ejerce por tres años, tiempo en el cual su permanencia en la carrera pública magisterial se encuentra sujeta a la aprobación de la evaluación, tal como se ha establecido en el artículo 28° de la Ley N.º 29062.

118. Por tanto, el establecer como causal de retiro de la Carrera Pública Magisterial el haber desaprobado la evaluación de desempeño en tres oportunidades no puede ser considerado como una vulneración del derecho a la estabilidad laboral ni al trabajo, puesto que configura una causa justificada de despido, dado que el profesor retirado de la carrera pública magisterial está demostrando con ello que no cuenta con capacidad e idoneidad para el ejercicio del cargo de profesor.

119. En consecuencia la demanda también debe ser desestimada respecto a este extremo.

10. Análisis de constitucionalidad del inciso c) del artículo 65° de la Ley N.º 29062

120. El demandante alega que el inciso c) del artículo 65° de la ley cuestionada vulnera sus derechos a la igualdad de oportunidades, a la igualdad ante la ley y al trabajo, y limita el ejercicio de los derechos constitucionales, al no permitir su reingreso a la carrera pública magisterial si el profesor fue retirado por no haber aprobado la evaluación de desempeño laboral en tres oportunidades y en el mismo nivel magisterial, desconociendo los títulos profesionales e impidiendo el ejercicio de la profesión docente a perpetuidad.

121. Si bien el demandante solicita que se declare la inconstitucionalidad del inciso c) del artículo 65° de la Ley N.º 29062, de lo alegado en la demanda se aprecia que, en realidad, el demandante pretende que se declare la inconstitucionalidad del último párrafo del cuestionado artículo 65°, que

establece la prohibición de reingreso a la Carrera Pública Magisterial a aquellos profesores que hubieran desaprobado en tres oportunidades la evaluación de desempeño profesional.

10.1 Respecto al desconocimiento de los títulos profesionales e impedimento del ejercicio de la profesión de docente

122. En principio, el establecer que los profesores que hayan desaprobado la evaluación de desempeño en tres oportunidades sean retirados de la carrera pública magisterial no puede ser considerado como un desconocimiento de los títulos profesionales, puesto que ellos mantienen su vigencia y eficacia, por lo que el profesor retirado puede seguir ejerciendo su carrera de profesor en el sector privado si alguna entidad educativa requiere y acepta sus servicios.
123. Así, el hecho que el profesor sea separado de la carrera pública magisterial no significa que se desconozca su título de docente, sino únicamente que dicho profesor no se encuentra apto para ejercer su carrera en el marco de la educación pública por no haber aprobado en tres oportunidades la evaluación de desempeño, no encontrando impedimento alguno para que pueda ejercer en el ámbito privado.
124. De igual manera cabe señalar que precisamente la ley cuestionada reconoce los títulos de docentes, cuando en su artículo 3º dispone que: “El profesor es un profesional de la educación, con título de profesor o licenciado en educación, con calificaciones y competencias debidamente certificadas (...)”, no existiendo disposición alguna que disponga la cancelación de los títulos profesionales a quienes hayan desaprobado la evaluación hasta en tres oportunidades.
125. Por tanto carece de sustento la afirmación del demandante en el sentido de que el artículo cuestionado desconoce los títulos profesionales, puesto que es la propia ley cuestionada la que los reconoce, siendo que únicamente restringe ejercer la carrera de docente en el ámbito de la educación pública a los profesores que no aprueben, por tercera vez, la evaluación de desempeño.

10.2 Principio de no discriminación

126. La Constitución ha reconocido al principio-derecho a la igualdad en el inciso 2) del artículo 2º en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho: (...) A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”.
127. El Tribunal Constitucional ha afirmado que la igualdad, consagrada constitucionalmente, detenta una doble condición de principio y de

derecho fundamental. En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material *objetivo* que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata de un *derecho a no ser discriminado* por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras (“motivo” “de cualquier otra índole”) que, jurídicamente, resulten relevantes^{34[34]}.

128. De esta manera el mandato correlativo derivado del derecho a la igualdad será la *prohibición de discriminación*, es decir, la configuración de una prohibición de intervención en el mandato de igualdad.

129. Este Colegiado ha señalado en reiterada jurisprudencia que “la igualdad se encuentra resguardada cuando se acredita la existencia de los dos requisitos siguientes: a) paridad, uniformidad y exactitud de otorgamiento o reconocimiento de derechos ante hechos, supuestos o acontecimientos semejantes, y b) paridad, uniformidad y exactitud de trato o relación intersubjetiva para las personas sujetas a idénticas circunstancias y condiciones. En buena cuenta, la igualdad se configura como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna; esto es, a no ser tratada de manera dispar respecto a quienes se encuentren en una misma situación, salvo que exista una justificación objetiva y razonable para esa diferencia de trato”^{35[35]}.

130. Según quedó dicho, el demandante considera que el último párrafo del artículo 65º de la ley impugnada resulta violatorio del derecho fundamental a la igualdad, al prohibir el reingreso a la carrera pública magisterial del profesor que ha desaprobado por tercera vez la evaluación de desempeño.

131. Tal como ha sido establecido por este Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia^{36[36]}, para ingresar a evaluar una eventual afectación del derecho de igualdad, corresponde que se proponga un término de comparación (*tertium comparationis*) válido. Ello significa que es preciso que las dos situaciones de hecho que han merecido un trato desigual por parte del legislador, deben ser válidas constitucionalmente y compartir una esencial identidad en sus propiedades relevantes. Sólo entonces cabe ingresar a valorar las razones que podrían justificar o no la diferencia de

^{34[34]} Cfr. STC N.º 00045-2004-AI/TC, Fundamento 20.

^{35[35]} Cfr. STC N.º 2510-2002-AA/TC.

^{36[36]} Cfr. STC's N.ºs 0183-2002-PA, F. J. 1; 0015-2002-PI, F. J. 3; 0031-2004-PI, F. J. 22; 0435-2004-PA, F. J. 3; 1337-2004-PA, F. J. 2; 4587-2004-PA, F. J. 22; 1211-2006-PA, F. J. 6519-2006-PA, FF. JJ. 6 y 7; entre otras.

trato, en el correcto entendido de que la ausencia de objetividad o necesidad en tales razones harán del tratamiento disímil, un trato, a su vez, discriminatorio, y por ende, inconstitucional.

132. Aunque el recurrente no ha realizado alusión expresa a ese término de comparación, del tenor de su demanda puede colegirse que éste se encuentra constituido por el hecho de que, de conformidad con el penúltimo párrafo del artículo 65º de la ley, los profesores que han sido sujetos de destitución (con excepción de aquellos que hayan incurrido en las causales previstas en los literales b y c del artículo 36^{o37[37]}), sí pueden reingresar a las entidades públicas luego de transcurridos 5 años. En otras palabras, consideran contrario al derecho a la igualdad que mientras en estos casos estaría permitido el reingreso luego de un tiempo determinado, en el caso de no haber aprobado la evaluación de desempeño laboral en tres oportunidades, no hay lugar a reingreso.
133. El Tribunal Constitucional sólo podría compartir este planteamiento si, tal como ha pretendido sostenerse, la posibilidad de reingreso a una entidad pública por parte de un ex profesor destituido, regulada por el penúltimo párrafo del artículo 65º, incluyese entidades que prestan servicio público docente. Y es que sólo bajo este supuesto existiría un trato injustificadamente desigualitario, a saber, la posibilidad de retorno a la carrera pública magisterial de quien ha incurrido en una falta grave pasible de destitución, y la imposibilidad de retorno de quien ha incurrido en una causal de retiro también importante, aunque de menor entidad, como es haber desaprobado en tres ocasiones la evaluación de desempeño laboral
134. Sucede, sin embargo, que una interpretación del penúltimo párrafo del artículo 65º de la ley impugnada de conformidad con el derecho fundamental a la educación, reconocido en los artículos 13º y 14º de la Constitución, impide considerar que entre las entidades públicas a las que puede reingresar quien ha sido destituido de la Carrera Pública Magisterial, se encuentran aquéllas que prestan servicio público docente.

En efecto, analizadas las distintas causas que, según el artículo 38º de la ley, dan lugar a la sanción de destitución (causar perjuicio grave al estudiante y/o a la Institución Educativa; maltratar física o psicológicamente al estudiante causando daño grave; realizar conductas de hostigamiento sexual y actos que atenten contra la integridad y libertad sexual, debidamente tipificados como delitos en las leyes correspondientes;

^{37[37]} Art. 36º de la Ley N.º 29062: “Son causales del término de la relación laboral por destitución, si son debidamente comprobadas:

(...)

b. Maltratar física o psicológicamente al estudiante causando daño grave.

c. Realizar conductas de hostigamiento sexual y actos que atenten contra la integridad y libertad sexual, debidamente tipificados como delitos en las leyes correspondientes. (...)”

concurrir al centro de trabajo en estado de ebriedad o bajo los efectos de drogas; abandonar injustificadamente el cargo; haber sido condenado por delito doloso; falsificar documentos relacionados con el ejercicio de su actividad profesional; reincidir en faltas por las que se recibió sanción de suspensión), puede concluirse que, sin perjuicio de sus distintas características propias, todas denotan una ausencia absoluta de compromiso con el derecho fundamental a la educación y con su condición de presupuesto axiológico para alcanzar “el desarrollo integral de la persona humana”, según reza el artículo 13° constitucional, situación que, como es evidente, se torna singularmente grave habiéndose tratado de supuestos profesionales de la docencia.

En tal sentido, la efectiva vigencia del deber del Estado de proteger y promover el referido derecho fundamental (artículo 14° de la Constitución), exige no volver a situar en riesgo la estabilidad psíquica y somática del educando, ni la imagen e idóneo funcionamiento de las instituciones educativas, siendo preciso, en consecuencia, que personas cuya conducta ha resultado manifiestamente incompatible con estos valores constitucionales, no tengan oportunidad de ejercer nuevamente el cargo de profesores. Una interpretación discordante con este planteamiento, en definitiva, violaría el contenido esencial del derecho fundamental a la educación, quedando, por consiguiente, proscrita constitucionalmente.

135. Son dos las consecuencias que derivan de lo expuesto. En primer término, que debe interpretarse el penúltimo párrafo del artículo 65° de la ley impugnada en el sentido de que entre las entidades públicas a las que puede retornar, después de 5 años, el docente destituido por las causales previstas en los literales a), d), e), f), g) y h) del artículo 36° de la referida ley, no se encuentran las que prestan servicio público docente. El destituido por las causales previstas en los literales b) y c) del artículo 36°, según establece la propia ley, no pueden regresar al servicio público, en general. Este criterio de interpretación tiene alcance general y resulta vinculante para todos los poderes públicos, de conformidad con los artículos 81° y 82° del Código Procesal Constitucional.

Y, en segundo lugar, que la supuesta afectación del derecho fundamental a la igualdad alegada por el recurrente, debe ser desestimada. Ello en vista de que el sentido interpretativo del penúltimo párrafo del artículo 65° que pretendía ser utilizado como término de comparación, no es constitucionalmente válido.

FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda.
2. De conformidad con los fundamentos 134 y 135 *supra*, interprétese el penúltimo párrafo del artículo 65° de la Ley N.º 29062 en el sentido de que entre las entidades públicas a las que puede retornar, después de 5 años, el docente destituido por las causales previstas en los literales a), d), e), f), g) y h) del artículo 36° de la misma ley, no se encuentran las que prestan servicio público docente. Este criterio de interpretación tiene alcance general y resulta vinculante para todos los poderes públicos, de conformidad con los artículos 81° y 82° del Código Procesal Constitucional.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA**

Sala Transitoria Social y Constitucional
CAS. 863 – 2002 – CALLAO
Reintegro de Beneficios Sociales

Lima, veintiséis de agosto del dos mil tres

**SALA TRANSITORIA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA**

VISTOS; con la participación de los señores Vocales; verificada la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO

Se trata del Recurso de Casación de fojas doscientos veinticinco, interpuesto por Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial Sociedad Anónima contra la sentencia de vista de fojas doscientos nueve, su fecha veintiuno de agosto del dos mil tres, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao, que revoca la sentencia de fojas ciento cincuenticinco, su fecha siete de enero del dos mil tres, que declara fundada en parte la demanda.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Al amparo del artículo cincuenticuatro la recurrente sustenta su recurso en las siguientes causales:

1. Aplicación indebida de normas de derecho material referidas a los artículos doscientos diecinueve del Código Civil y doscientos cuarentitres del Código Procesal Civil.
2. Inaplicación de normas de Derecho Material, referida a la Ley nueve mil cuatrocientos sesentitres, Inciso b) del artículo ochentiocho del Decreto Legislativo numero setecientos veintiocho, Tercer párrafo del artículo ciento tres de la Constitución Política de mil novecientos noventitres, y el artículo Primero del título Preliminar del Código Civil.
3. Contradicción Jurisprudencial.
4. Contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso.

CONSIDERANDO:

Primero: Que, respecto a la causal de aplicación indebida del artículo doscientos diecinueve del código Civil, la recurrente afirma que no se ha acreditado ninguna de las causales de nulidad, ni existe formalidad esencial incumplida, bajo sanción de

Sala Transitoria Social y Constitucional
CAS. 863 – 2002 – CALLAO
Reintegro de Beneficios Sociales

nulidad, en el Acta de Trato Directo del treintiuno de enero de mil novecientos noventidos, extremo que además indica no fue demandado; señala que debió aplicarse la Ley numero nueve mil cuatrocientos sesentitres, inciso b) del articulo ochentiocho del Decreto Legislativo setecientos veintiocho, en su versión original, el segundo y tercer párrafo del artículo ciento tres de la Constitución Política del Estado de mil novecientos noventitres y el inciso quinto del articulo ciento treintinueve de esta ultima norma. Que, dicha denuncia no puede prosperar, pues este extremo alegado se refiere a hechos y pruebas discernidas en las instancias de merito, y pretender rebatirlas implicaría la revisión del Acta de Trato Directo de fojas nueve, lo cual no es posible vía casación; por los que se declara **improcedente**.

Segundo: Que, en relación a la denuncia expresada sobre la aplicación indebida del articulo doscientos cuarenta y tres del Código Procesal Civil, la recurrente incumple con fundamentar las razones porque no debió aplicarse dicha norma además de ser la misma de naturaleza procesal, motivo por el cual se declara **improcedente** el recurso en este extremo.

Tercero: Que, en cuanto a la causal de inaplicación de la ley numero nueve mil cuatrocientos sesentitres, indica la recurrente que dicha norma debió aplicarse, pues la misma permite la reducción de remuneraciones aceptadas por el trabajador, vigente en el momento de los hechos y aun en la actualidad, pues afirma que la misma no ha sido derogada. Dicha argumentación satisface los requisitos de fondo exigido por la Ley Procesal de trabajo, por los que se declara **procedente**;

Cuarto: Que en lo atinente a la denuncia contenida sobre inaplicación del inciso b) del articulo ochentiocho del Decreto Legislativo numero setecientos veintiocho, indica que dicha norma debió aplicarse por cuanto, la misma permitía dentro de las causales de terminación de los contratos de trabajo, por causa objetiva: “*la modificación de las condiciones de trabajo...*” (sic), que es precisamente lo que ocurrió con el actor, quien, en convenio escrito, optó voluntariamente por aceptar el nuevo cargo. Dicha denuncia tampoco puede prosperar pues si bien existe un error en la cita legal en la apelada (la cual ha sido confirmada por la recurrida) cuando dice artículo noventa y nueve del texto original del Decreto Legislativo número

Sala Transitoria Social y Constitucional
CAS. 863 – 2002 – CALLAO
Reintegro de Beneficios Sociales

setecientos veintiocho, cuando debió decir artículo ochenta y ocho, dicha norma sí ha sido aplicada por las instancias de mérito al considerar que la modificación de las condiciones de trabajo que dicha norma permitía, forma parte del procedimiento a iniciarse de presentarse un supuesto de hecho, como es el contemplado en el inciso b) del artículo ochenta y seis, es decir, relativo a la extinción de los contratos de trabajo por causas objetivas de tipo económico, la cual las instancias de mérito consideran que la demandada no acreditó al momento de modificar las condiciones de trabajo; por lo que en todo caso debió denunciar la interpretación errónea; por lo que se declara **improcedente**;

Quinto: Que, en cuanto a las normas denunciadas referida a Inaplicación del tercer párrafo del artículo ciento tres de la Constitución de mil novecientos noventa y tres, como del artículo Primero del Título Preliminar del Código Civil, no habiendo sido estas alegaciones motivo de expresión de agravios en el recurso de apelación de la recurrente corriente a fojas trescientos treinta y siete, se declara **improcedente**.

Sexto: Que, en cuanto a la denuncia referida a la contradicción jurisprudencial, ella debe rechazarse por cuanto se ha incumplido con el requisito de pluralidad de resoluciones (criterios) dispuesto por el inciso f) del artículo cincuenta y siete de la Ley Procesal de Trabajo; por lo que se declara **improcedente**.

Sétimo: Que, en lo atinente a su última denuncia referida a la Contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, la recurrente afirma que se ha violado la Seguridad Jurídica de la Nación, consagradas en los incisos tres y catorce del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, en clara violación del inciso tres del artículo ciento veintidós del Código Procesal Civil, en la medida que la decisión adoptada por el Colegiado, no se sujeta al mérito de lo actuado ni a derecho, pues en la resolución de vista de fecha veintiuno de marzo del dos mil uno, el Colegiado dispuso que: *“se determine si desde la celebración del Convenio, esto es, del treinta y uno de enero de mil novecientos noventa y tres, en que permaneció vigente la relación laboral, se mantuvo el cargo ostentando por el recurrente antes de la celebración de dicho convenio”* (sic); mandato que no ha cumplido el auxiliar jurisdiccional no

Sala Transitoria Social y Constitucional
CAS. 863 – 2002 – CALLAO
Reintegro de Beneficios Sociales

obstante el claro mandato contenido en la Resolución numero dieciséis, su fecha trece de julio del dos mil uno. Dicha denuncia no puede prosperar, por cuanto si bien este Tribunal Supremo ha establecido jurisprudencialmente que dicha causal no se encuentra regulada por la Ley Procesal de Trabajo, empero en algunos casos ha sido valido como es el caso de la competencia funcional, o la subsanación de la infracción que se denuncia podría variar el sentido de la resolución recurrida. Que, en el presente caso y conforme aparece del texto de la resolución apelada corriente a fojas treinta y dos, no existe infracción alguna pues en el cuarto considerando el A – quo señala que *“no obstante que según informe pericial de fojas doscientos noventa se ha precisado que el actor desde enero de mil novecientos noventidos a septiembre de mil novecientos noventitres laboró como Jefe de Departamento, también es verdad que ello se debió justamente por el convenio firmado ...”*, por lo que dicha denuncia debe rechazarse por falta de conexidad entre la denuncia y lo acontecido en el proceso, se declara **improcedente**.

Octavo: Que, habiéndose admitido la causal de Inaplicación de la Ley número nueve mil cuatrocientos sesentitres, procede emitir pronunciamiento de fondo sobre dicho punto.

Noveno: Que, el artículo único de la Ley numero nueve mil cuatrocientos sesentitres, establece: *“La reducción de remuneraciones aceptadas por un servidor, no perjudicará en forma alguna los derechos adquiridos por servicios ya prestados, que le acuerdan las Leyes números cuatro mil novecientos dieciséis, seis mil ochocientos setenta y uno y ocho mil cuatrocientos treinta y nueve, debiendo computársele las indemnizaciones por años de servicios de conformidad con las remuneraciones percibidas, hasta el momento de la reducción...”*, que de una interpretación literal se puede establecer con meridiana claridad que desde mil novecientos cuarenta y uno, se podía aceptar una rebaja de remuneraciones en la medida que ésta sea pactada expresamente por el trabajador, tal como sucede en el caso de autos. Que además en la fecha del acuerdo el treintiuno de enero de mil novecientos noventa y dos, se encontraba vigente el texto primigenio del Decreto Legislativo número setecientos veintiocho, donde se establece el inciso b) del artículo ochentiocho; *“b) La empresa con el sindicato o con los representantes de los*

Sala Transitoria Social y Constitucional
CAS. 863 – 2002 – CALLAO
Reintegro de Beneficios Sociales

trabajadores a falta de éste, entablarán negociaciones para acordar las condiciones del cese colectivo o medidas que puedan adoptarse para evitar o limitar el cese de personal. Entre tales medidas pueden estar la suspensión temporal de las labores en forma total o parcial; la disminución de turnos, días u horas de trabajo; la modificación de las condiciones de trabajo; la revisión de las convenciones colectivas vigentes; y cualesquiera otras que puedan coadyuvar a la continuidad de las actividades del centro laboral. El acuerdo que adopten obliga a las partes involucradas” (sic); que, en consecuencia, la recurrida no se encuentra arreglada a Ley, por tanto ella debe ser corregida;

RESOLUCION

NUESTRO VOTO es porque se declare **FUNDADO** el Recurso de Casación interpuesto a fojas trescientos sesenta y ocho, por Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial Sociedad Anónima; en consecuencia, **CASARON** la recurrida de fojas trescientos cincuenticinco, su fecha veintinueve de agosto del dos mil dos; que confirma la apelada y declara fundada la demanda; y, **actuando en sede de instancia; REVOCARON** la sentencia apelada de fojas trescientos treinta y dos, su fecha veintiuno de mayo del dos mil dos, que declara fundada en parte la demanda de fojas veintitrés; **REFORMANDOLA** la declararon **infundada**, **ORDENARON** se publique el texto de la presente resolución en el Diario Oficial “El peruano” por sentar precedente de observancia obligatoria en el modo y forma prescrito en la ley, en los seguidos por Gustavo Simeón Rojas, sobre Reintegro de Beneficios Sociales y, los devolvieron.-

S.S.

ROMAN SANTISTEBAN

VILLACORTA RAMIREZ

ZUBIATE REINA

Sala Transitoria Social y Constitucional
CAS. 863 – 2002 – CALLAO
Reintegro de Beneficios Sociales

EL VOTO EN DISCORDIA DE LOS SEÑORES INFANTES VARGAS Y

RODRIGUEZ ESQUECHE; ES COMO SIGUE: -----

El Vocal que suscribe, haciendo suyos los fundamentos del voto del vocal Ponente por los cuales desestima por improcedentes las causales de aplicación indebida de los artículos doscientos diecinueve del Código Civil y doscientos cuarentitres del Código Procesal Civil, de inaplicación de los artículos ochentiocho, inciso b) del Decreto Legislativo setecientos veintiocho, ciento tres, tercer párrafo de la Constitución Política vigente y Primero del Título Preliminar del Código Civil de contradicción jurisprudencial y de contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, y coincidiendo en la calificación formal de procedencia por la causal de inaplicación de la Ley numero nueve mil cuatrocientos sesentitres, mas no es los argumentos de fondo que la sustentan, emite su voto en el siguiente sentido.

CONSIDERANDO:

Primero: Que, en el artículo único de la Ley nueve mil cuatrocientos sesentitres subyace la posibilidad de que un servidor, dentro de la relación laboral de derecho privado, pueda aceptar la reducción o rebaja de sus remuneraciones, sin que ello perjudique en forma alguna los derechos adquiridos por servicios ya prestados, sobre todo para el momento del cómputo de su indemnización por los años de servicios prestados a su empleadora.

Segundo: Que, debe entenderse que la reducción a que hace referencia la norma en comento, que data del diecisiete de Diciembre de mil novecientos cuarenta y uno, era una libremente concertada entre el trabajador y su empleador, e importaba una renuncia expresa a sus derechos laborales, específicamente a no ser rebajado de su categoría y nivel remunerativo.

Tercero: Que, sin embargo, con posterioridad a la citada ley, la Constitución Política del año mil novecientos setentinueve, en su artículo cincuenta y siete, estableció la

Sala Transitoria Social y Constitucional
CAS. 863 – 2002 – CALLAO
Reintegro de Beneficios Sociales

irrenunciabilidad de los derechos laborales, sancionando con nulidad todo pacto destinado a impedir su ejercicio.

Cuarto: Que, las instancias de mérito han establecido que la rebaja de nivel remunerativo del demandante se sustenta en el convenio denominado “Acta de Trato Directo”, de fecha treintiuno de Enero de mil novecientos noventa y dos, el mismo que obra a fojas nueve, y que ha sido firmado durante la vigencia de la Constitución Política de mil novecientos setenta y nueve; por tanto, actuando con las prerrogativas del control difuso que prevé la actual Carta Política en el segundo párrafo de su artículo ciento treinta y ocho, así como el artículo doscientos treinta y seis de la derogada en comento, ha establecido que tales acuerdos son nulos *ipso iure*, por contravenir flagrantemente el texto constitucional.

Quinto: Que, la supremacía de la Carta Magna sobre las demás leyes de inferior jerarquía obliga a los Magistrados a preferir a las primeras antes que a las segundas, por tanto, cualquier otra forma vigente al momento de suscribirse el “Acta de Trato Directo” sub análisis, que pudiera legitimar la procedencia de la renuncia de los derechos laborales del demandante, es inaplicable al caso de autos; por estos fundamentos.

RESOLUCION:

NUESTRO VOTO es porque se declare **INFUNDADO** el Recurso de Casación interpuesto a fojas trescientos sesenta y ocho, por Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial Sociedad Anónima; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas trescientos cincuenticinco, su fecha veintinueve de Agosto del dos mil dos; y **CONDENARON** a la recurrente a la multa de dos unidades de referencia procesal; así como a las costas y costos originados en la tramitación del presente recurso; **ORDENARON** se publique el texto de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, por sentar precedente de observancia obligatoria en el modo y forma prescrito en la ley, en los seguidos por Gustavo Simeón Rojas, sobre Reintegro de Beneficios Sociales y, los devolvieron.-

S.S.

INFANTES ARGAS

RODRIGUEZ ESQUECHE

CASACION Nº 1781 – 2005 - LIMA

Lima, veintiuno de marzo de dos mil siete

LA SALA TRANSITORIA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

VISTA: La causa numero mil setecientos ochenta y uno - dos mil cinco, en Audiencia Pública llevada a cabo en la fecha; de conformidad con el Dictamen del señor Fiscal Supremo; y luego de verificada la votación, con arreglo a ley, emite la siguiente Sentencia:

RECURSO DE CASACION:

Se trata del Recurso de Casación interpuesto a fojas seiscientos tres por el demandado Banco de la Nación contra la Sentencia de Vista, de fojas quinientos ochenta y cuatro, de fecha quince de junio de dos mil cinco, que confirma la Sentencia apelada de fojas quinientos siete, de fecha treinta de junio del dos mil cuatro que declara Fundada la demanda.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

El Recurso ha sido declarado Procedente mediante Resolución de fecha veinte de abril de dos mil seis, obrante a fojas ciento doce del cuadernillo formado en esta Suprema Sala, por las siguientes causales:

- a) La interpretación errónea del artículo 1 del Decreto de Urgencia 09 – 94 (Declara en reorganización al Banco de la Nación).
- b) Inaplicación de las siguientes normas:
 - b.1 Del literal b del artículo 66 y del artículo 42 del Decreto Legislativo 728 (Ley del Fomento del Empleo) y del artículo 49 del Decreto Supremo 001 – 96 – TR (Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo)
 - b.2 Del artículo único de la Ley 9463 (Dispone que la reducción de remuneraciones aceptada por un servidor, no perjudicará los derechos adquiridos por servicios ya prestados, debiendo computársele las indemnizaciones por años de servicios de conformidad con las remuneraciones percibidas hasta el momento de la reducción).

b.3 Del artículo 9 del Decreto Legislativo 767 (Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada).

b.4 Del artículo 24 del Decreto Supremo 017 – 93 – JUS (Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

b.5 Del artículo 5 del Decreto Legislativo 713 (Consolidan la legislación sobre descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada) y del artículo 19 del Decreto Supremo 001 – 97 – TR (Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por tiempo de Servicios).

c) Aplicación indebida del artículo 140 del Código Civil.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que la Sala Superior ha interpretado adecuadamente el artículo 1 del Decreto de Urgencia 09 – 94, pues dentro del supuesto de hecho de esta norma no se encuentra la posibilidad de realizar variantes en las categorías de los trabajadores que impliquen una rebaja inmotivada de sus remuneraciones, ni aún cuando contaran con el consentimiento de los mismos, por encontrarse en el plano de los derechos irrenunciables.

Segundo.- Que, el literal b del artículo 66 del Decreto Legislativo 728 y el artículo 49 del Decreto Supremo 001 – 97 – TR, no son aplicables al presente caso pues ellos regulan el supuesto de la reducción unilateral de remuneraciones, supuesto que el propio recurrente reconoce que no se ha fijado en este caso, pero además de dichas normas no se desprende que la reducción pactada sea válida; por otro lado, en el caso del artículo 49 del Decreto Supremo 001 - 96 – TR, se trata de una norma no vigente al momento que ocurrieron los hechos.

Tercero.- Que, la Ley 9463 no resulta aplicable al caso concreto en tanto la Constitución de mil novecientos setenta y nueve la derogó tácitamente, al proteger de manera adecuada los derechos laborales de los trabajadores, por lo que el pacto de reducción de remuneraciones debe ser analizado de acuerdo a las circunstancias, habiendo la Sala Superior determinado vicios en la voluntad del trabajador.

Cuarto.- Que mediante el artículo 42 del Decreto Legislativo 728 y del artículo 9 del Decreto Legislativo 757, se regula el poder *ius variandi* del empleador pero no se le autoriza el cambio sustancial que afecte directamente un derecho

del trabajador de orden constitucional, de manera que no resultan aplicables a los hechos tal como han sido fijados por el juez y la Sala Superior.

Quinto.- Que, el artículo 5 del Decreto Legislativo 713 y el artículo 19 del Decreto Supremo 001 – 97 – TR, no son normas aplicables en el presente proceso, pues la Sala Superior ha determinado que la bonificación por productividad gerencial tuvo carácter remunerativo, mientras que dichas normas regulan el supuesto de hecho de los pagos extraordinarios.

Sexto.- Que, el literal g del artículo 24 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, efectivamente exonera al Banco de la Nación de la condena de costas y costos, de manera que tanto la Sala Superior como el Juez han cometido un error de derecho al condenar al demandado a dicho pago, dado que ambos órganos jurisdiccionales tenían el deber de establecer expresamente la exoneración en el fallo.

Sétimo.- Que, el artículo 140 del Código Civil ha sido aplicado en la sentencia de vista de acuerdo con los hechos analizados en ella, sin que sea la norma que establezca la *ratio decidendi* de dicha Resolución, no existiendo aplicación indebida de la misma al caso concreto dada la naturaleza de los actos jurídicos analizados en autos.

RESOLUCION:

Por estos fundamentos declararon: **FUNDADO** el Recurso de Casación, en el extremo que se deduce la inaplicación del Literal g del artículo 24 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; en consecuencia, **CASARON** la Sentencia de vista en el extremo que condena al demandado al pago de costas y costos; y actuando en sede de instancia, **REVOCARON** en dicho extremo la apelada y exoneraron al demandado al pago de costas y costos; **ORDENARON** la publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial “El Peruano” conforme a Ley; en los seguidos por Olmedo Filiberto Cortejo Narváez, contra el Banco de la Nación, sobre Reintegro de Beneficios Sociales; y los devolvieron.

S.S. VILLA STEIN, ESTRELLA CAMA, ROJAS MARAVI, SALAS MEDINA

EL VOTO SINGULAR DE LA SEÑORA VOCAL SUPREMA YRMA ESTRELLA CAMA COMO SIGUE:

Primero.- Concuero con la decisión adoptada en mayoría, sin embargo, respecto de lo expresado en el tercer considerando del voto, discrepo de lo expresado en él, puesto que la Ley número 9463 no ha sido derogada en tanto que según esta norma permite la rebaja de remuneraciones, pero que debe estar debidamente acordada entre las partes, es decir contener una declaración expresa del trabajador, la misma que evidentemente (también) no debe traspasar el mínimo legal que como remuneración debe percibir el trabajador durante su débito laboral.

Segundo.- Que la sentencia recurrida ha establecido que si bien es cierto el demandante firmó el Convenio de Recategorización por el cual se redujo su categoría y por consiguiente su remuneración, también lo es que ha sido viciado, por cuanto se vio obligado a suscribirlo, entre otras, por temor a perder su empleo; asimismo, las instancias han determinado que el Banco demandado no siguió el procedimiento administrativo ante la autoridad competente respecto a la recategorización o reducción de categoría conforme así lo establece la Ley número 25921, vigente a la fecha de modificación de condiciones laborales, que establece el procedimiento de facultades para que el empleador modifique, suspenda o sustituya prestaciones de orden económico y condiciones de trabajo, pues el Decreto de Urgencia número 09 – 94 no le autorizaba dentro de las acciones de control de personal a la reducción de categoría y remuneraciones de los trabajadores, en todo caso mientras no haya sido aprobado también por la Autoridad Administrativa de Trabajo; por lo que la Sentencia no ha incurrido en la causal de inaplicación denunciada.

Por estos fundamentos declaro: **FUNDADO** el Recurso de Casación, en el extremo que se deduce la inaplicación del Literal g del artículo 24 de la Ley orgánica del Poder Judicial, en consecuencia **SE CASE** la Sentencia de vista en el extremo que condena al demandado al pago de costas y costos; y actuando en sede de instancia **SE REVOQUE** en dicho extremo la apelada y se exonere al demandado del pago de costas y costos; **SE ORDENE** la publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial “El Peruano” conforme a Ley; en los seguidos por Olmedo Filiberto Cortejo Narváez, contra

el Banco de la Nación, sobre Reintegro de Beneficios Sociales; y los devolvieron.

S.S. ESTRELLA CAMA

EL VOTO EN DISCORDIA DEL SEÑOR VILLACORTA RAMIREZ ES COMO SIGUE:

Primero.- Que, el objeto de la demanda es el pago de reintegro de una serie de conceptos remunerativos, alegando (el actor) que hubo rebaja de su remuneración básica durante el lapso que va del primero de junio de mil novecientos noventa y cuatro al treintiuno de julio del dos mil dos, como consecuencia de la aplicación de un convenio de recategorización que, según el mérito de lo actuado y discutido en el proceso, fue suscrito al amparo del Decreto de Urgencia N° 09 – 94 (Declaran en reorganización al Banco de la Nación), publicado el diecinueve de abril de mil novecientos noventa y cuatro

Segundo.- Que, en relación con el aspecto medular del proceso, en la instancia de mérito se ha concluido que el citado Decreto de Urgencia no autorizaba (a la impugnante) a reducir de categoría y remuneración a los trabajadores, que hubo reducción ilegal en los haberes del actor, resultando por ese motivo sin valor legal el convenio antes mencionado, pues, entienden las sentencias de fondo que dicho acto (reducción de haberes), es impositivo y arbitrario, sin detenerse a examinar si nuestra legislación laboral permite o no afectar las remuneraciones y condiciones de trabajo en ciertas circunstancias, no obstante que en la norma bajo comentario, existe una remisión explícita al cese colectivo por causas objetivas;

Tercero.- Que, cuando se suscribe el convenio de recategorización corriente a fojas doscientos veintisiete (treinta y uno de mayo de mil novecientos noventa y cuatro), regía el Decreto Legislativo N° 728, vigente desde el doce de diciembre de mil novecientos noventa y uno, en cuyo artículo 86 y siguientes se legisló (como ocurre a la fecha con los artículos 46 a 52 del Decreto Supremo N° 003- 97- TR) sobre el cese colectivo por diferentes causas objetivas como por ejemplo, los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, estableciendo un trámite que concluía dentro de un plazo específico (cinco días después del trámite previo), en el que la Autoridad Administrativa de Trabajo

(artículo 88) debía expedir la resolución respectiva aprobando o desaprobando la solicitud pertinente;

Cuarto.- Que, en este contexto, el diecinueve de abril de mil novecientos noventicuatro se publica el Decreto de Urgencia N° 09 – 94, dictado al amparo del inciso diecinueve del artículo 118 de la Carta Política de 1993, con el objeto de reorganizar el Banco de la Nación, para cuyo efecto se autoriza la ejecución de un programa de reestructuración y racionalización administrativa, financiera y personal, facultando al Directorio a dictar normas de austeridad y de remuneraciones, al encontrarse sobredimensionada y deficiente en diversas áreas, por cuya razón su artículo 2 modifica específicamente el inciso f) del artículo 88 del Decreto Legislativo N° 728, señalándose que si al vencimiento del plazo no se hubiera dictado resolución, se entenderá aprobada la solicitud, con lo cual quedaba claro que la impugnante tenía objetivamente necesidad de acordar con sus trabajadores una serie de medidas para evitar el cese de éstos, como por ejemplo modificar sus contratos de trabajo y cualquier otra (medida) que coadyuve a la continuidad de las actividades dentro del centro laboral de conformidad con el inciso b) del citado artículo 88;

Quinto.- Que, el análisis precedente resulta de capital importancia para el caso de autos, pues pese a no señalarlo explícitamente las sentencias de fondo dejan entrever que la reducción de remuneraciones es ilegal, e incluso inconstitucional, en cualquier caso, cuando en realidad tal conclusión no es jurídica ni razonablemente correcta frente a situaciones objetivas que no dependen estrictamente de la voluntad del empleador, sino que obedecen a factores externos (como lo expuesto en el decreto de urgencia objeto de análisis) y que ha sido objeto de regulación legal incluso desde la sanción de la Ley de Estabilidad Laboral N° 24514, en cuyo artículo 15 y siguientes se reguló sobre las solicitudes del empleador cuando sobrevinieran causas económicas, técnicas, caso fortuito o fuerza mayor, permitiendo incluso la modificación de las condiciones de trabajo, como forma de coadyuvar a la continuidad de las actividades del centro laboral:

Sexto.- Que, en consecuencia de todo lo expuesto fluye lo erróneo del razonamiento expuesto de las referidas sentencias al sostener que el Decreto de Urgencia 09 – 94 no autorizaba la reducción de la categoría y remuneración de los trabajadores, pues en virtud de dicho dispositivo la impugnante estaba

habilitada para adoptar acordar y/o adoptar cualquiera de las medidas contempladas en el artículo 88 del Decreto Legislativo N° 728, por encontrarse comprendida dentro de los supuestos establecidos en el artículo 85 de la norma acotada; por tanto, no esta en discusión la legalidad de una conducta arbitraria e injustificada, sino la de una medida que es fruto de una situación objetiva que así como afectaba a la empleadora, también podía repercutir validamente sobre el contrato de trabajo del actor.

Sétimo.- Que, en relación con la denuncia relacionada con los demás dispositivos denunciados concuerdo con el voto en mayoría, excepto el sentido de la parte resolutive;

Por estas consideraciones mi **VOTO** es porque se declare **FUNDADO** el Recurso de Casación de fojas seiscientos tres, interpuesto por el Banco de la Nación; en consecuencia **SE CASE** la Sentencia de vista de fojas quinientos ochenta y cuatro, su fecha quince de junio del dos mil cinco; y actuando en sede de instancia **SE REVOQUE** la sentencia apelada de fojas quinientos siete, su fecha treinta de junio del dos mil cuatro, que declara fundada en parte la demanda y reformándola se declare infundada: en los seguidos por Olmedo Filiberto Cortijo Narváez; **ORDENANDOSE** la publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial “El Peruano” conforme a Ley; y los devolvió.

S.S. VILLACORTA RAMIREZ

FICHA DE DATOS:**RESOLUCIÓN N°:** 000476-2005**MATERIA:** CONSTITUCIONAL>LABORAL>IMPUGNACION DE DESPIDO - L**SALA SUPREMA:** SALA CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE**PROCEDENCIA:** CORTE SUPERIOR DE LIMA**TIPO DE PROCESO:** ORDINARIO**TIPO DE RECURSO:** CASACION**TIPO DE FALLO:** INFUNDADO**FECHA DE RESOLUCIÓN:** 2006.07.20**MAGISTRADOS:** VILLA STEIN, VILLACORTA RAMIREZ, ACEVEDO MENA, ESTRELLA CAMA, ROJAS MARAVI

***SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA***

***CASACIÓN N° 476 - 2005
LIMA***

Lima, veinte de julio
del año dos mil seis.-

LA SALA TRANSITORIA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA.-----

VISTA: La causa número cuatrocientos setenta y seis - dos mil cinco; en Audiencia Pública llevada a cabo en la fecha; producida la votación con arreglo a Ley, de conformidad con el dictamen fiscal, se ha emitido la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto mediante escrito de fojas cuatrocientos ochenta por la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal contra la sentencia de vista de fojas cuatrocientos sesenta y cinco, su fecha diez de diciembre del dos mil cuatro en cuanto confirma la sentencia apelada de fojas cuatrocientos cuarenta, su fecha veintiséis de julio del dos mil cuatro, que declara fundada en parte la demanda en consecuencia dispone que abone al actor la suma de treinta y dos mil ochocientos noventa y tres nuevos soles con ochenta y cinco céntimos; con lo demás que contiene.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Mediante resolución obrante a fojas treinta y tres del cuadernillo de casación, del veintinueve de setiembre del dos mil cinco, esta sala ha declarado procedente el recurso por la denuncia de aplicación indebida del artículo veintiséis inciso segundo de la Constitución Política del Estado.

**SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**CASACIÓN N° 476 - 2005
LIMA**

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, la emplazada señala que si con el demandante pactó libremente un contrato de locación de servicios y sus sucesivas prórrogas según las normas vigentes al tiempo de efectuada la contratación, debió aplicarse al caso, el artículo sesenta y dos de la Constitución Política del Estado que regula la libertad de contratación que habría determinado la plena validez y eficacia del contrato de locación de servicios y sus prórrogas, y con ello la impertinencia del artículo veintiséis, inciso segundo del mismo texto fundamental que señala que en la relación laboral se respetan el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución Política y la ley.

SEGUNDO: Que, los principios laborales constitucionales son todas aquellas reglas rectoras que además de informar la elaboración de las normas de carácter laboral, sirven de fuente de inspiración directa o indirecta en la solución de conflictos sea mediante la interpretación, aplicación o integración normativas, buscando con ello por vía constitucional y legal, la búsqueda de un equilibrio entre los sujetos de la relación de trabajo cuyo rasgo más característico es la desigualdad y situación asimétrica entre el empleador y trabajador.

TERCERO: Que, es el artículo veintiséis de la Constitución Política del Estado de mil novecientos noventa y tres, actualmente vigente, el que reconoce una pluralidad de principios de esta naturaleza, entre ellos su inciso segundo, el principio de irrenunciabilidad de derechos que hace referencia a la regla de no revocabilidad e irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al trabajador pero circunscrita a la Constitución Política y la ley, en razón que sus regulaciones son el mínimo indispensable que objetivamente decide aceptar la sociedad en materia de condiciones humanas para que se desarrolle la relación laboral lo que implica que estos derechos se mantienen aún en los casos en que la actitud del trabajador sea contraria a tal reconocimiento.

CUARTO: Que, en efecto el principio de irrenunciabilidad justamente prohíbe que los actos de disposición del trabajador, como titular de un derecho, recaigan sobre normas taxativas entendiendo por tal, aquellas que ordenan y disponen sin tomar en cuenta la voluntad de los sujetos de la relación laboral, dentro de tal ámbito, el trabajador no puede "despojarse", permutar o renunciar a los beneficios, facultades o atribuciones que le concede la norma y sanciona con la invalidez la transgresión de esta pauta basilar. Así la irrenunciabilidad de los derechos laborales proviene y se sujeta al ámbito de las normas taxativas que, por tales, son de orden público y con vocación tuitiva a la parte más débil de la relación laboral.

QUINTO: Que, entonces la aplicación del inciso segundo del artículo veintiséis de la Constitución Política del Estado que consagra el principio de irrenunciabilidad de derechos requiere de la concurrencia de dos presupuestos ineludibles: a) la existencia

**SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**CASACIÓN N° 476 - 2005
LIMA**

de una relación de trabajo; y **b)** la existencia de una norma constitucional o legal que en forma taxativa establezca determinados derechos y beneficios sociales que tengan como fuente dicha relación, pues no cubre a aquellos provenientes de la convención colectiva de trabajo o la costumbre.

SEXTO: Que, el principio de primacía de la realidad o de veracidad que se constituye en un elemento implícito en nuestro ordenamiento y concretamente impuesto por la propia naturaleza tuitiva de la Constitución Política del Estado de mil novecientos noventa y tres, que ha visto al trabajo como un deber y un derecho base del bienestar social y medio de la realización de la persona (artículo veintidós); y además como un objetivo de atención prioritaria del estado (artículo veintitrés) delimita que el juez en caso de discordia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o de acuerdos, debe darle preferencia a lo primero, esto es, a lo que ocurre en el terreno de los hechos o de la realidad, pues el Contrato de Trabajo constituye un contrato realidad, esto se tipifica por la forma y condiciones bajo las cuales se ha prestado el servicio con prescindencia de la denominación que se le pudiese otorgar a dicha relación.

SÉTIMO: Que, bajo este marco los órganos de instancia teniendo en cuenta que son elementos que configuran el contrato de trabajo la remuneración, la prestación personal y la subordinación y privilegiando lo ocurrido en el terreno de los hechos, a partir del mérito de la prueba actuada en el proceso que acredita la configuración de tales elementos arriban a la conclusión que entre las partes existió un contrato de trabajo enervando así en forma absoluta la eficacia de los contratos de locación de servicios a los que alude la accionada y que sirvieron para encubrir bajo el ropaje de una relación de naturaleza civil los servicios personales y subordinados que le prestó el demandante bajo una típica relación laboral, por lo que en consecuencia le corresponden los montos que por compensación por tiempo de servicios, gratificaciones e indemnización por despido arbitrario le reconocen los órganos de instancia al amparo del decreto supremo número cero cero uno - noventa y siete - TR que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, Decreto Legislativo número setecientos trece que consolida la legislación sobre descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, ley número veinticinco mil ciento treinta y nueve que regula las gratificaciones de los trabajadores del régimen de la actividad privada y el Decreto Supremo número cero cero tres - noventa y siete - TR que aprueba el texto único ordenado del Decreto Legislativo número setecientos veintiocho (artículos treinta y cuatro y treinta y ocho).

OCTAVO: Que, así no podría válidamente sostenerse que el artículo veintiséis, inciso segundo de la Constitución Política del Estado resulta impertinente en la dilucidación de controversia si se ha constatado la existencia de un contrato de trabajo que vinculó a las partes y que los derechos que se han otorgado al trabajador demandante, se encuentran contemplados en la ley, pues si bien el artículo sesenta y dos de la Carta

SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CASACIÓN N° 476 - 2005
LIMA

Magna establece que la libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar según las normas vigentes al momento del contrato y que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, dicha disposición necesariamente debe interpretarse en concordancia con su artículo segundo, inciso catorce que reconoce el derecho a la contratación con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público, por consiguiente, y en desmedro de lo que pueda suponer una conclusión apresurada, es necesaria una lectura sistemática de la Constitución Política que, acorde con lo citado, permita considerar que el derecho a la contratación no es ilimitado, sino que se encuentra evidentemente condicionado en sus alcances, incluso, no sólo por límites explícitos, sino también implícitos; límites explícitos a la contratación, son la licitud como objetivo de todo contrato y el respeto a las normas de orden público. Límites implícitos, en cambio, serían las restricciones del derecho de contratación frente a lo que pueda suponer el alcance de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poder pactarse contra ellos. Asumir que un acuerdo de voluntades, por más respetable que parezca, puede operar sin ningún referente valorativo, significaría no precisamente reconocer un derecho fundamental, sino un mecanismo de eventual desnaturalización de tales derechos.

NOVENO: Que, bajo este contexto si el contrato de locación de servicios suscritos entre las partes se transforma en un mecanismo que distorsiona derechos laborales o no, permite garantizarlos del modo más adecuado, no cabe la menor duda que el objetivo de licitud predicado por la norma fundamental se ve vulnerado, a lo que se suma el hecho de facilitar que derechos que se consideran constitucionalmente irrenunciables, puedan verse vaciados de contenido.

RESOLUCIÓN:

Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto mediante escrito de fojas cuatrocientos ochenta por la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal - COFOPRI, en consecuencia **NO CASARON** la sentencia vista de fojas cuatrocientos sesenta y cinco, su fecha diez de diciembre del dos mil cuatro; **CONDENARON** a la recurrente a la multa de dos unidades de referencia procesal; en los seguidos por don Edwin Flores Zorrilla sobre Indemnización por Despido Arbitrario; y estando a que la presente resolución sienta precedente de observancia obligatoria en el modo y forma previsto en la ley: **ORDENARON** la publicación del texto de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano"; y los devolvieron.-
S.S.

VILLA STEIN
VILLACORTA RAMIREZ
ACEVEDO MENA
ESTRELLA CAMA
ROJAS MARAVI